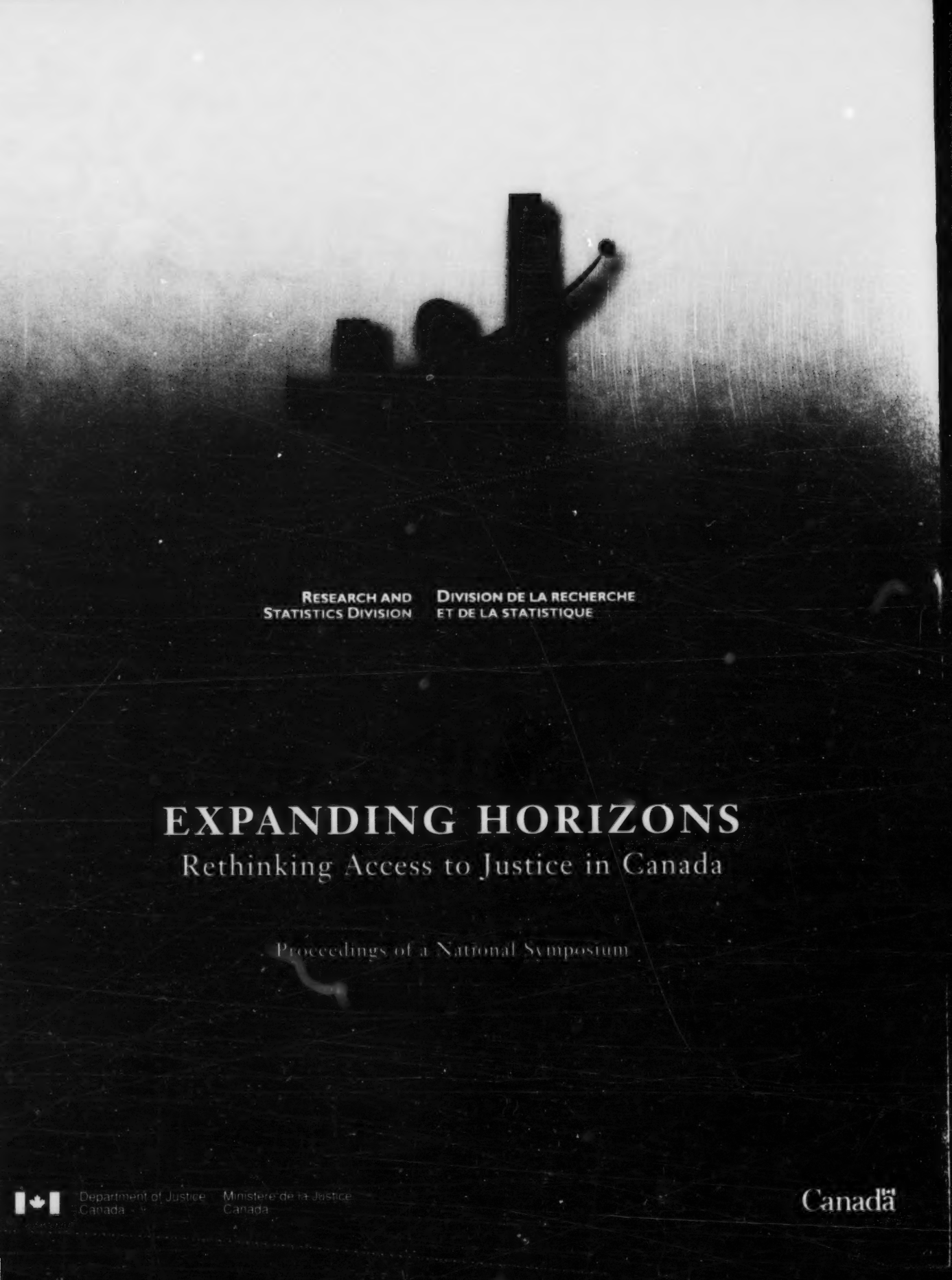


RESEARCH AND STATISTICS DIVISION
DIVISION DE LA RECHERCHE ET DE LA STATISTIQUE

EXPANDING HORIZONS

Rethinking Access to Justice in Canada

Proceedings of a National Symposium

Department of Justice Canada
Ministère de la Justice Canada

Canada

Expanding Horizons: Rethinking Access to Justice in Canada:
proceedings of a national symposium
Text in English and French on inverted pages.
Title on added t.p.: Élargir nos horizons, redéfinir l'accès à la justice au Canada.
Symposium held on March 31st, 2000.
ISBN 0-662-65367-X
Cat. No. J2-173/2000
1. Justice, Administration of-Canada-Congresses.
2. Criminal justice, Administration of-Canada-Congresses.
I. Canada. Dept. of Justice.
KE8200.E86 2000 347.71 C00-980477-3E

101-06062/

EXPANDING HORIZONS

Rethinking Access to Justice in Canada

Proceedings of a National Symposium

PREFACE

Expanding Horizons: Rethinking Access to Justice in Canada

For nearly three decades, access to justice has been a central policy issue within the Department of Justice. The early programs, developed during the 1970s, provided information about the law and how the justice system works, or assured representation in court for people who could not afford legal assistance. Looking back, though, we can see that these programs took for granted a traditional form of justice that was largely formal and technical. Access was improved, but the problems that brought people into contact with the law were generally defined in narrow legal terms to be resolved only in court.

But justice means more than simply applying the law without regard to the underlying social, economic, and psychological factors, as we have become increasingly aware in recent years. New ideas have entered the discourse, widening the scope of the concept and affecting the way we think of justice – and of access to justice. It is not enough to treat access as solely a matter of courts and formal legal proceedings.

Moreover, the public is coming to expect a more solution-oriented and participatory form of justice. This new approach may go by different names – restorative, therapeutic, or holistic justice, for instance – but all reflect a common concern: that the formal justice system is ill-equipped on its own to deal effectively with the problems thrown on its doorstep. Justice is complex and multidimensional, and the justice process must provide more than formal, adversarial proceedings designed to find guilt or innocence, and winners and losers. In a sense, justice is no longer the exclusive preserve of the traditional justice system. If Canadian society is to develop effective and durable solutions to the problems that face us, our justice system will have to develop partnerships with communities and across disciplines and institutions.

The Department of Justice is committed to renewing its own approach to access to justice, to reassessing traditional policies in the light of new ideas about the meaning of justice and the changing expectations of the Canadian public. This symposium, "Expanding Horizons: Rethinking Access to Justice in Canada" was a first step in that process. The symposium gathered together a hundred leaders from the justice community and related fields for a day of "conversation extraordinaire." The outcome was a clear consensus that the justice system can find improved ways of providing justice to Canadians. There is evidence of a strong willingness to experiment with change, to give new ideas a chance. Restorative, holistic and other approaches have moved from the margins into the mainstream – in the thinking of justice leaders, at least, if not yet in the practices of the system itself. The agenda for the years ahead will focus on ways to make justice processes more citizen-centered, and more focussed on communities. We need to explore how the traditional justice system can adapt to change, develop effective partnerships, and find real solutions that respond to the needs of victims, offenders, communities and all affected by the justice system.

The success of the Symposium was due in no small part to the enthusiastic participation of the one hundred invitees involved in this grand conversation. I would also like to acknowledge the vision of Andrée Delagrave and the superb organizational skills of the Access to Justice Team, Research and Statistics Division, in particular Steven Bittle, in making this project a reality.

Morris Rosenberg
Deputy Minister of Justice and
Deputy Attorney General of Canada

TABLE OF CONTENTS

Introduction 1

Background 2

Welcome Address 3

Panel Discussion 3

Discussion and Comments 6

Workshops 8

1) More or Less? The Economic Perspective 8
Discussion 9

2) New Partnerships and New Delivery Mechanisms 10
Discussion 11

3) Diversity and Access to Justice 12
Discussion 13

4) The Role of Citizens and Communities 14
Discussion 15

Afternoon Plenary 17

Synthesis — The Key Challenges 21

Conclusion 23

Appendicies 25

LIST OF APPENDICIES

APPENDIX A

1) Agenda 25

APPENDIX B

1) *Citizen Access to Justice: Issues and Trends for 2000 and After,*
by Professor Mark Kingwell, University of Toronto 26

2) *Riding the Third Wave — Notes on the Future of Access to Justice,*
by Ab Currie, Research and Statistics Division, Department of Justice Canada 37

3) *Some Aspects of Access to Justice in Canada,*
by Ab Currie, Research and Statistics Division, Department of Justice Canada 41

4) *Justice is a Noun, But Access Isn't a Verb,*
by Roderick Macdonald, President, Law Commission of Canada 45

5) *From the Rule of Law to Philia,*
by Jacques Dufresne, L'Agora Recherches et Communications Inc 48

6) *More or Less? The Economic Perspective,*
by Professor Stephen Easton, Simon Fraser University 57

7) *New Partnerships and New Delivery Mechanisms,*
by Professor Lois Gander, University of Alberta 61

8) *Diversity and Access to Justice,*
by Professor Brian Etherington, University of Windsor 67

9) *The Role of Citizens and Communities,*
by Carol McEown, British Columbia Legal Services Society 77

10) *The Judgement of Wider Courts,*
by Professor Gilles Paquet, University of Ottawa 80

APPENDIX C

1) A letter from Ms. Cherry Kingsley, Save-the-Children-Canada 89

APPENDIX D

Participants List 92

Expanding Horizons: Rethinking Access to Justice in Canada: Proceedings of a Symposium Organized by The Department of Justice Canada[1] March 31, 2000

INTRODUCTION

On March 31, 2000, the Department of Justice Canada hosted a one-day Symposium on access to justice. The Symposium sought to explore the concept of access to justice beyond its conventional boundaries. Participants were asked to rethink traditional views and explore the future challenges of assuring access to justice for Canadians in an increasingly complex and demanding environment.

In this one day of extraordinary dialogue among leading thinkers and practitioners, the Department took the pulse of the justice community about the state of access to justice in Canada. The more than 100 participants were drawn from a broad cross-section of people from all regions of Canada: judges, lawyers, policy specialists, government officials, academics, community representatives, Aboriginal, visible minority and persons with disabilities spokespersons. To ensure that participants could discuss a variety of issues with as many people as possible, each participant was assigned a place at one of 12 mixed tables during the morning plenary session and reassigned to another table during the afternoon session. Participants were free to sign up for any one of four workshops that ran concurrently. A professional conference organiser, Lise Pigeon and Associates facilitated the conference. (The agenda and the list of participants appear in **Appendix A**.)

Throughout the day participants discussed a variety of issues with respect to the state of the access to justice movement in Canada. In general terms the Symposium left participants with one resounding message, quite remarkably, from a large group of leading thinkers from within the justice system and from other areas of human endeavour. The key message was not so much that the justice system — both civil and criminal justice, but especially the criminal justice system — does not work. On that issue there ***was*** overwhelming agreement. The truly surprising message that emanated forcefully from this "conversation extraordinaire" was that there is a tremendous appetite for change among leaders from both inside and outside the justice system.

The purpose of this report is to summarise the Symposium proceedings and, in the process, identify the key issues that emerged from the presentations and discussions. The report concludes with a brief discussion of seven themes that can act as guideposts toward a more accessible justice system.

[1]Proceedings prepared by Mr. Marc Thérien.

BACKGROUND

In preparation for the Symposium, participants were provided with a number of press clippings and three background documents. (The background documents, as well as all of the presentations delivered at the Symposium are reproduced in **Appendix B**) We also received a letter from Ms. Cherry Kingsley from Save the Children-Canada. Ms. Kingsley was unable to attend the Symposium due to prior commitments, and therefore requested that her letter be included in the final Symposium report as a way of providing voice to sexually exploited children and youth in Canada. This letter is reproduced in **Appendix C**.[2]

In a background essay titled "*Citizen Access to Justice: Issues and Trends for 2000 and After*", **Mark Kingwell**, a philosopher at the University of Toronto, discussed five main trends and issues for access to justice: 1) the growing diversity of Canada; 2) globalization and citizenship; 3) the complex isomorphic relationship between culture and political experience; 4) the role of technology; and 5) the possibility of new forms of citizen action.

> ***"The project of realizing the basic principles of justice, of guaranteeing all citizens fair access to justice, has lately become vastly more complicated, more challenging, and more confusing."***
>
> **Mark Kingwell**

Professor Kingwell noted that the growing cultural and ethnic diversity presents special challenges "to make the social and political infrastructure of the country a reflection of the many kinds of people who choose to call themselves Canadian." As individuals in a rapidly changing society, we "need to make time for reflection, to open up spaces both within ourselves and in our social interactions for thoughts about justice that are not driven, in the first instance, by the imperatives of policy-making or problem-solving."

Ab Currie, Research and Statistics Division, Department of Justice Canada, prepared the other two background papers. The first of these, "*Some Aspects of Access to Justice in Canada*", identifies the main features and programs of access to justice as they currently exist. They include Legal Aid, Public Legal Education and Information, Court Workers, Court Reform, Alternative Dispute Resolution, Pre-Paid Legal Insurance, Public Interest Advocacy and Pro Bono Services. After reviewing the mechanism for access to the justice *system*, the author concluded that "our conventional concept of justice and how to achieve it is a reflection of the traditional justice system" and may not in fact correspond to the preferred approaches to achieving justice of minority groups and many ordinary people.

> ***"...community-based access to justice implies equipping individuals to play a more active role in constructing solutions to their justice problems."***
>
> **Ab Currie**

Mr. Currie's second paper, entitled "*Riding the Third Wave — Notes on the Future of Access to Justice*", traced the development and evolution of access to justice towards more recent "holistic"

[2]The proceedings of the Symposium were recorded in the following ways: 1) Note takers were assigned to each of the 12 tables during the morning and afternoon plenary, and two note takers attended each of the four workshops. 2) Presenters provided their speaking notes for inclusion in this Symposium report (reproduced in appendix B).

or multidisciplinary approaches. However, reforms of the legal system occur slowly and do not necessarily keep pace with the changing expectations of society. While these newer trends have not replaced traditional system-based approaches, they do seek "more effective and durable solutions to justice problems." Initiatives fostering greater reliance on community-based access-to-justice services are positive in that they commit "the considerable resources resident in the communities to addressing access to justice issues."

WELCOME ADDRESS

Morris Rosenberg, the Deputy Minister of Justice and Attorney General of Canada, delivered the opening welcome. He explained why it is important to explore new directions in access to justice at this time:

> Today, perhaps more than ever, the traditional justice system is branching out to foster integrated and multi-disciplinary approaches. New and holistic approaches are creating linkages between the justice system and community groups and other institutions to address problems that may have a legal element, but are propelled by a complex of underlying social and economic problems.

Mr. Rosenberg challenged participants to think broadly in order to generate as many "outside the box" ideas as possible in order to identify emerging challenges.

PANEL DISCUSSION

Following Mr. Rosenberg's welcoming address, **Gilles Paquet**, Director of the Centre on Governance, University of Ottawa, introduced the three panel members. Mr. Paquet was also charged with providing a synthesis of discussions and an outline of key challenges at the end of the Symposium.

In a presentation titled "*Justice Is a Noun, But Access Isn't a Verb*", **Roderick Macdonald**, President of the Law Commission of Canada, explained his key point at the outset:

> After 25 years of toiling in the fields of community legal education and access to civil justice, I have one central message. It is this. I once believed that more official top-down law was the only road to more justice. Now I no longer see the challenge in purely instrumental terms. Rather our challenge is much greater. It is to rethink our attitudes and our expectations about who owns law, about what it can realistically accomplish, and about how it can most effectively be deployed to promote a more just society.

He then distilled five short messages drawn from his considerable experience.

1) Information is not always power and public legal education "can be a double-edged sword" which often "winds up enhancing

dependency on lawyers, courts and the formal system."

2) "Law in society" is not the same as "law and society":

> "Law" and "society" are not two different things. Law arises in social interaction. The policy objective cannot be to make the recalcitrant facts of social life conform to the neat patterns of official legal regulation. The exclusion of so many people from the presumed benefits of the legal system flows directly from the inability or refusal of official law enacted by legislatures and administered by courts and tribunals to make space for the living law of everyday human interaction.

3) "Access to courts" is not the same as "access to justice". The challenge is to "reconceive human conflict in a manner that permits official institutions to replicate the wisdom of unofficial social symbolisms, and unofficial social symbolisms to replicate the democratic and social egalitarian values we ascribe to our official processes."

> ***"Canadians renew the law by living the law, often managing to redress the injustices of an official law that Parliament is unable or unwilling to change."***
>
> **Roderick Macdonald**

4) In considering diversity and disenfranchisement, "the one abiding social differentiator, transcending all other inequalities, is social class." The challenge is how to create a system that actually keeps questions of identity and diversity alive in its rules, processes, and personnel."

5) Justice resides in human aspiration and the law is "as much the affair of all Canadians, as it is the business of legislatures, courts and lawyers." It is essential to provide opportunities for citizens to participate more fully in legislative and administrative processes by which law is made."

In concluding, Mr. Macdonald underscored the importance of focussing on the real objective:

> ***"We come to focus on 'access' to justice rather than on 'justice' itself; and while we proclaim 'access to justice' as a goal, what we really mean is 'access to law'."***
>
> **Roderick Macdonald**

The most significant concerns about justice felt by Canadians have little to do with narrowly cast legal rights; they have to do, rather with recognition and respect. And the most significant barriers to access can only be overcome through a reorientation in the way we think about conflicts, rights, adjudication and all-or-nothing judicial remedies; disparities in social power, and not procedural glitches in the processes of civil litigation, are the root of injustice.

Most contemporary proposals to enhance access to justice are simply the reaction of an official system that fears losing its capacity to control to the various other social institutions and practices of civil society where people negotiate and live their own law. The obsessive quest for official legal solutions means that we are now less inclined, and less able, to imagine creative responses to disparities in power, and the challenges of building a just society grounded in deep human affect.

The Honourable Judge **Mary Ellen Turpel Lafond**, a provincial court judge in Saskatoon, Saskatchewan, drew upon her experience on the bench and with Aboriginal issues to suggest that there was considerable anxiety in Western Canada about the quality of justice as it applied to members of our First Nations. There was a need to look more closely and more seriously at the structure of justice and how it accommodates pluralism and diversity and how it reflects the values and aspirations of communities.

The question arises as to whether we have created a "prison industry" or an economy of control within the justice system. In Saskatchewan, for example, a male Aboriginal youth has a greater chance of going to jail than completing high school. In this respect, the formal justice system has failed to address the overarching needs of Aboriginal youth that experience conflict with the law. The system recycles, criminalizes and controls young people from an early age while not engaging them socially. There is a need to think through these questions in structural terms rather than to seek to resolve case by case before the courts. A good example is the issue of sexual abuse among natives. We must get at the roots of the problem if there is to be any true resolution.

Considerable effort and hope have been invested in recent years in implementation of restorative justice schemes. However, ironically, the concept of restorative justice has been promoted without any significant political engagement. Communities have not been given the resources to make the programs work. For example, there are little or no resources for sentencing or healing circles.

The solutions obviously do not lie in greater access to the courts since this is no longer in the minds of most members of the community. Institutional justice is not restorative. We must ask ourselves how we can reconceive justice to replicate social democratic values. But more fundamentally, we must ask ourselves whether we still in fact possess a cohesive vision of community. In the eyes of members of diversity groups even informal justice (for example, small claims courts) reflects the white male dominance of official law. The result is that at times pluralism winds up contesting the law. How can this be changed?

> ***"Canadians renew the law by living the law, while justice follows, or rather tries to catch up. There are no easy slogans or quick fixes."***
>
> **Judge Mary Ellen Turpel-Lafond**

We must resist reductionist approaches that focus on one aspect, access for example, rather than on justice itself. The disparities in social power are at the root of injustice. We must look at those causes rather than engage in an obsessive quest for legal solutions.

Jacques Dufresne, lecturer, author and founder of *L'Agora*, a journal of ideas and debates, began his presentation with an anecdote. Last summer, his nephew was at a beach in New Hampshire with his wife and their two children. The father and his six-year-old son were building a sand-castle, when another boy about the same age threatened to destroy it. The father told this lad in no uncertain terms that such an act would have consequences. He nevertheless stomped on the castle. The father then simply held the brat by the wrists, confidently expecting that his parents would soon come forward. Indeed, the boy's mother soon appeared, in a rage. How dare this stranger lay a hand on her son. This was against the law in New Hampshire. The security officer at the beach saw no alternative but to call the police from a nearby town.

Following two hours of intense negotiations, the father succeeded in avoiding costly litigation but had to apologise to the child. Is it any wonder that the courts are jammed with cases?

Fortunately, such zeal is less common in Canada, but for how long? Mr. Dufresne observed:

> We imitate the spirit of the American laws with such eagerness that we will soon overstep our own model, especially since we subsidize access to justice, or rather to the legal establishment as we know it. By "legal establishment", I mean that authority (yes indeed, I said "that authority") encompassing courts, laws, rules of law and the legal professions.

Access to justice is not the real problem. Just as medicine itself can cause illnesses, the legal system can generate ills. Like alternative medicine, we need alternative justice. Mr. Dufresne provided a diagram of a justice pyramid to suggest an alternative process that treats access to the legal system as a means of last resort (the diagram appears in **Appendix B**). Self-regulation lies at the base, preventive law and alternatives in the middle ground, and the court at the apex. Conciliation, mediation and arbitration should be the preferred means of resolving disputes. Only disputes that cannot be settled by other means and which have an exemplary value would go to court.

Arguing on a philosophical level, Mr. Dufresne suggested that solutions to access to justice issues cannot be found in the type of liberalism derived from thinkers such as Hobbes, Locke or, more recently, Rawls. We must forsake the view that man is a wolf and hark back to the Aristotelian view that man is a social animal, to the "*philia*" that reconciles man and society.

In conclusion, Mr. Dufresne advocated the development of a "softer" justice.

DISCUSSION AND COMMENTS

Following the plenary presentations, each table was asked to discuss what they heard and then to share with all the participants their reactions to the presentations.

The following list summarises comments captured by the note-takers:

- There is a lack of resources to address the underlying causes of criminal and civil justice problems, namely social and economic inequality.

- Resources are a key issue. If we cannot find resources for new and innovative, community-based programs, then access to justice is a hollow practice.

- If we are going to talk about the role of the community in providing access to justice services, then we need to define what we mean by community.

- Recourse to the official legal system should be a secondary response, not a primary one (except for cases involving serious or violent crime).

> ***"Feeding the justice system with endless resources is no longer a solution – access to the justice system is not enough, access to justice is necessary."***
>
> **A Participant**

- The concept of justice means different things to different people. There is a difference between access to the formal justice system and access to social justice. Social justice requires more input and deals with complex social issues. [Criminal] legal justice focuses primarily on sentencing.

- The three speakers gave us the impression that we need a communal or community response to justice issues. However, our society is urban, individualistic and moving away from communal loyalties.

- The justice system is primarily white and middle-class. In theory, the system treats everyone in the same way. However, there is a basic inequity because people are treated differently and have different experiences before they enter the formal justice system.

- The justice system is failing, but it has no solutions. The justice system has become an end in itself; we forget that its purpose is to be a means to an end.

- There has to be some compromise between community justice and "monolithic" or institutionalised justice. Citizen engagement is an important aspect of access to justice. A much broader approach is required to provide adequate access to justice.

- Information technology may help foster better access to justice.

- We must find ways of involving diverse communities. Community models need to be designed; community cohesion is important.

> ***"We need an alternative to the adversarial justice system. As it is, lawyers dominate the system."***
>
> **A Participant**

- In the hands of judges, restorative justice can be coercive. This has been the experience with conditional sentencing (e.g. house arrest is the norm, which is inconsistent with restorative justice). There is a risk in taking good ideas and making them bad by incorporating them into the formal system (e.g. what happens if the traditional system "appropriates" sentencing circles with coercive tools?).

- What does shared responsibility between the community and government mean? There will be many "turf wars" regarding funding for communities, and there will be issues of accountability.

- Education must accompany the emergence of community-based access to justice programs or initiatives. The public must understand that community-based programs do not represent a threat to their personal safety and security.

- There is a need to build a partnership between the government and community, especially between the government and marginalized people or groups.

- Restorative justice programs are not only being implemented on reserves. They are being introduced in urban centres, focussing on local and community problem solving.

- Increased reliance on community-based justice initiatives can be a burden on community groups. There is only so much that any individual or community can accomplish (pilot project burnout).

- How do we lead people away from dependence on the formal justice system toward a more community-based approach?

WORKSHOPS

Following the opening plenary session participants had the choice of attending one of four workshops concerning key access to justice issues. Each workshop started with a presentation, which was followed by a group discussion. Designated rapporteurs attended each session to record the essence of the discussion and report their findings during the afternoon plenary.

1) MORE OR LESS? THE ECONOMIC PERSPECTIVE

In his presentation, **Stephen T. Easton**, Professor of Economics, Simon Fraser University, suggested that in regard to access to justice, "wants and needs are unbounded." The question boils down to who will pay how much for what. Inevitably, there will have to be choices:

> ***"The important question is what constraints are to be put on the process of obtaining enough justice."***
>
> **Stephen T. Easton**

> Consequently, my role as an economist is to suggest that even with new program spending (and especially were Justice to remain within the current envelope), the economic principle of tradeoffs among alternatives should be on the table nonetheless to evaluate the potential candidates for expansion.

To illustrate this point, Professor Easton provided a number of interesting facts:

- The number of lawyers in Canada continues to rise. For example, from 1991–1997, the number of lawyers per 100,000 of population rose from 199 to 224.
- There are fewer criminal cases. During the past decade, the actual number of *Criminal Code* infractions known to the police had fallen by 15%.
- Although unfortunately recent data do not exist, civil litigation appears to be on the increase. It would be important to know what is actually taking place.

After presenting a table on total spending on different categories of justice services in real 1999 dollars (to adjust for inflation), Professor Easton observed that the movement in total real expenditures in the courts and corrections were relatively gradual while legal aid costs were comparatively variable. These data suggest an important issue:

> What kind of budgeting exercise is reasonable in the face of a desired expansion of service? It is easy to spend money. There is no lack of applicants with unmet needs if a government is willing to pay the freight — a look at the history of legal aid proves that. But can services be expanded in a way that is both meaningful to the recipients and to the taxpayer?

It is possible to expand services, but increases in spending should lead to higher benefits or improved results or outcomes:

> Regardless of what criteria we choose for expansion, we need to be assured that the benefit from an additional dollar spent on legal aid, for example, should be as beneficial as the additional dollar that could go to the courts, the police or corrections.

One way of measuring this is to characterize service cost. One such characterization was

presented in a table showing the cost of justice services per crime known to the police, measured in constant (1999) dollars. It shows that "the costs of justice relative to the number of crimes known to the police have been remarkably stable over the past decade."

Professor Easton also provided a table concerning the number of offenders in federal and provincial custodial facilities over the past twenty years relative to the number of *Criminal Code* violations. He noted:

> These data indicate that there is a stable association between these categories of expenditure and the underlying source of the demand for service that, in this simplified exercise, is taken to be "known *Criminal Code* violations". The costs and service levels in our justice system are, by and large, stable. There are not great and sudden changes in costs relative to a basic measure of service.

However, if one examines the relationship between crimes and legal aid, there is no such stability. For that reason, it would be very difficult "to rationalize expanding a service that has been so variable unless it can be shown that a dollar spent on this form of justice yields a better outcome than an additional dollar spent among policing, corrections and the courts."

Professor Easton concluded with an axiom:

> To expand service in any one sector of spending, it should be proved that the present cost per unit of service benefit in that sector is lower than the costs of expanding service in all of the other sectors.

Discussion

Part of the discussion centred on whether cost measurement in the area of justice is necessarily limited and whether there is a method for determining fair and effective allocation of resources. Decision-makers want measurable outcomes, but there is deep scepticism whether justice outcomes are truly measurable or whether typical measurements merely serve the interest of policymakers rather than clients. Participants observed that:

- Redistribution of wealth would be a valuable program.
- We need to encourage national principles — there is no reliable expectation as to what to expect from the justice system.
- We must live up to the rhetoric of community capacity building and community involvement in the justice system.

> ***"There is a lack of systematic thinking about what a successful outcome is."***
>
> **A Participant**

- There is a consistency in funding across all legal services, except for legal aid because it does not have indicators or measures for determining resources.
- We need to consider school programs for young people — youth represent our greatest resource.
- We need research examining whether our current mechanism of incarceration is successful. We need to determine the success rate of the prison system — recidivism, standard of living — and understand if we have made improvements.

2) NEW PARTNERSHIPS AND NEW DELIVERY MECHANISMS

Lois Gander, Professor of Legal Studies Program, Faculty of Extension, University of Alberta, began her presentation by reminding participants that many citizens consider the current legal system to be deeply flawed. It was important therefore to think outside the box.

What has Propelled the need to Re-think Access to Justice?

> *"We find ourselves asking what access to whose justice?"*
>
> Lois Gander

The challenges facing Canada's legal system have been provoked by a variety of factors:

- The public is increasingly dissatisfied with the law and the form of procedural justice it promises. Our system promises us our "day in court"– our chance to present our case to an objective judge in accordance with established procedural safeguards. But our system doesn't actually help most people get to court on most of their claims.

- The equality provisions of the *Charter* have created the expectation that the law can deliver not just procedural justice but substantive justice, raising the legal stakes considerably.

- The law seems to offer us too little protection against the lawless.

- The multicultural makeup of Canada means we have widely divergent experiences with fundamentally different legal systems leaving us with no public consensus on the meaning of justice.

- Canada has become a 'rights based' and litigious society.

- Maintaining a legal system with these demands on it requires an increasingly complex and expensive administration for which the public is less and less willing to pay. As the public sees it, they are being asked to pay more and more for a system that is increasingly dysfunctional.

- The cost of legal services bears no relationship to the benefits delivered.

- We have become consumers of services, even government services like our courts, without taking any responsibility.

- Globalisation and post-modernism have presented new challenges to the efficacy of the law and doubts about its ability to deliver a satisfactory form of justice.

Whose justice?

We must give citizens the responsibility for determining what kind of justice they will have:

> [...]we need forms of public engagement that promote conscientious participation in, informed discussion about, and enlightened reflection on the meaning of justice as it is played out in real life situations. We must strive for an inclusive notion of justice, one that draws from the richness of the diversity of Canadians' experiences. Moving forward on this means finding ways of engaging everyone in meaningful contemplation of the most fundamental issue we confront as a civilisation.

To a certain extent, this is already taking place in some of Canada's most troubled communities where restorative justice programs have been initiated:

> Restorative justice is not the only vehicle we have for re-imagining justice but it is a handy

one since police forces are implementing this approach to fighting crime in communities all across the country. Properly run, restorative justice programs provide us not just with new forums for dispensing more satisfying justice but with new sites for advancing our understanding of justice itself. Restorative justice programs empower individuals to exercise the duties and to experience the rewards of acting as citizens in a democratic society.

What access?

In rethinking justice, we must also be open to "other ways of conceiving the sources of justice." Justice is not something to be delegated to institutions but lived in our daily lives as members of communities that recover their ability to manage their conflicts:

> New visions of justice are only possible if we are prepared to abandon the familiar for a moment and entertain alternatives, no matter how unrealistic they may seem at first. Within them may lie the germ of an idea worth maturing. In the last few decades we've experimented with a variety of alternatives to our mainstream legal system in the forms of alternative dispute resolution, voluntary compliance, diversion from the criminal justice system or creative processes for sentencing offenders. We have had much success with these efforts. They embolden us to move even further away from the centrifugal force of the legal system.

However, governments cannot simply download and outsource justice to communities without providing resources in a variety of forms. This may also mean shifting resources "away from conventional legal systems and services." Our ability to make these difficult choices will be the test of our commitment to justice.

Discussion

Professor Gander posed the following questions after her presentation: How do we renew the law to accommodate new ideas of justice and what do we want from the justice system?

Participants expressed a variety of views:

- What is the role of the *Charter* in providing access to justice? In many ways the *Charter* has only provided some people in society with access to the justice system.
- The victim has been alienated from the criminal justice system process.
- If we cannot get everyone to agree on justice issues, then it is the role of the government to set standards (we must draw a line between criminal and social justice). In this respect, we cannot forget about the role of the traditional justice system. We must be modest about using alternatives and recognise that there are limits to what the justice system can achieve.
- Before thinking about a new system, we need to consider whether the old system can be made more accessible.
- Participatory justice does not necessarily mean participation in decision-making. Those in the decision-making process must understand that there is more to justice than their elite world. They have to espouse as a goal of justice and equality, good and just doctrine.
- We must recognise the growing gap between the "haves" and the "have-nots", otherwise we will not be able to understand the essence of the controversies.
- Youth are the most valuable resource in helping define an alternative or a new

justice. Youth are undervalued as a resource and they should be empowered.

- Empirical work suggests the worst off in society identify police as the source of injustice, while the best off believe the state is the main source of injustice.

- Public legal education tells us that the public is not satisfied with the way that we enact laws and provide justice.

- Technology will change things and we need to reserve public space for this phenomenon.

- Restorative justice was described as an alternative to the formal justice system. One participant suggested that we must look outside the formal justice system in a meaningful way, and that restorative justice cannot be treated as a diversion program. Aboriginal people have had a system imposed on them that they have never recovered from. Restorative justice involves healing and restoration in a way that is different from traditional systems.

- The concept of citizenship and citizen involvement in the justice system must be redefined.

"The justice system is not either/or; it's not one-size-fits-all."

A Participant

3) DIVERSITY AND ACCESS TO JUSTICE

Professor **Brian Etherington**, Faculty of Law, University of Windsor, led this workshop. Professor Etherington provided his views on how well the access to justice needs of diversity groups were being met in Canadian society. He noted:

> We have witnessed significant advances on the substantive side of the ledger, both in the recognition of diversity interests and the meaning of justice and equality for members of diversity groups. However, those advances on the substantive side have not been met with corresponding advances in terms of delivery mechanisms and procedures necessary to achieve access to justice.

He went on to illustrate how our justice system over the past twenty years has significantly improved recognition of diversity interests deserving of protection. The early to mid-1980's were a particularly important period in this regard:

> The traditional meaning of equality as purely formal equality in the sense of identical treatment for all regardless of their personal attributes was rejected in favour of a new conception of substantive equality of opportunity to demonstrate one's potential without being impeded by barriers which are based on irrelevant diversity attributes or which have an unnecessary adverse impact on members of groups identified by a prohibited ground of discrimination.

However, in spite of this progress, there has been little success "in developing delivery mechanisms to meet the promise of substantive growth in the right to equality." The reasons for this failure are many: they include flawed implementation and evaluation measures and reporting mechanisms and the lack of adequate resources. Finally, there is a trend developing which consists in "transferring jurisdiction over statutory individual rights claims from public officials and tribunals to private organisations and procedures — unions and grievance arbitration." There is a danger in this:

> The concern raised by the twin spectres of privatisation and collectivisation of processes

for the enforcement of *Charter* and human rights is that the tenuous balance between the values of access to justice and substantive equality and the values of efficiency and the market that is inherent in any regime for the protection of human rights will gradually be skewed in favour of the values of the market.

Mr. Etherington drew the following conclusion:

> The promise of equality and protection for diversity interests offered by recent legislative and judicial developments concerning the substance of our *Charter* and human rights law has never been greater. But the realisation of that promise for many members of diversity groups is threatened by our failure on several fronts in recent years to develop appropriate delivery mechanisms for access to justice. These shortcomings include: a failure to find acceptable and effective mechanisms for the imposition of employment equity measures on a system-wide basis for most Canadians; a failure to provide adequate resources for effective mechanisms to handle individual discrimination complaints under traditional human rights regimes; and a trend towards the privatisation and collectivisation of processes for resolving individual *Charter* and human rights complaints.

It will prove very difficult to overcome these shortcomings and refocus on access to justice for the protection of diversity interests in the current economic climate:

> What is required is nothing less than a recommitment to the values of access to justice for the protection of diversity interests and a search for new resources and public mechanisms for delivery that will allow us to close the gap between promise and experience. But we must be careful in considering alternative delivery mechanisms to focus more on their effectiveness in protecting diversity interests than their efficiency in clearing caseloads.

Discussion

The presenter asked participants to consider what could be done to establish a mechanism to deliver on promises of recognition, of equality rights and of diversity. Here are some of their comments:

- If the trend toward privatisation continues, there will be a need for different types of mediation to protect rights. People in many situations have no legal power (i.e. human rights issues, employment standards, the Immigrant and Refugee Board mediation process).

- The current legal discourse does not capture the intersecting grounds of discrimination (e.g. being Aboriginal and a woman). Although they pose their own challenges, alternatives like mediation can do a better job of dealing with these intersecting grounds (race, class and gender) than the mainstream.

- If a power imbalance exists, we must address more than the mechanisms in place to deal with access to justice. We must look beyond the symptoms to the systemic social problems.

- There must be a firm commitment to ensure diversity and access to justice. Institutions that provide access to justice are not committed.

- With respect to access to justice, the good news is that the problems and

> ***"There is an overwhelming lack of willingness in the courts to discuss racism."***
>
> **A Participant**

challenges are recognised. The bad news is that we are not sure about the solutions to deal with difficult issues.

- We have to break down the rigid categories of access to justice and get away from a narrow litigation process to address real issues (e.g. residential school proceedings must deal with issues of sexual, physical and emotional abuse).

- Before we consider the mechanisms to deliver "our promises," we must look at what these promises are and who we are as a society.

- We cannot abandon the mainstream system while we are searching for alternatives. What do we know about strategies developed in recent years to open up the mainstream system — strategies for opening up the bench and law schools, and strategies for policing, sensitivity training, and their associated impact?

- It is always the people in positions of power who talk about "partnerships", not the people in the community. We need to redefine the relationship between power and communities.

- There is support for equality and diversity by those in power only because it is the politically correct thing to do. It is important to have a stronger political lobby. We also must develop a set of expected outcomes and monitor progress.

- You cannot promote better access to justice without resources and better accountability. People in power are willing to change, but there are no resources.

4) THE ROLE OF CITIZENS AND COMMUNITIES

Carol McEown of the British Columbia Legal Services Society (Vancouver) was the workshop leader. To help frame the discussion, she recounted three stories describing community efforts to use or deal with the legal system.

The first story was about the work of the Upper Skeena Counselling and Legal Assistance Society which, soon after its establishment, found itself dealing with Aboriginal rights issues. One case involved fishing rights. Charges were laid against 17 people and family nets were seized:

> The charges were bandied about in the courts for over a year until our chiefs decided to take the system on. The nets illegally seized by the Fisheries officers were retrieved when our chiefs marched into their office, into the holding rooms and took back their nets! A judge who was instrumental in keeping the cases afloat in the court was gotten rid of when we challenged his racist comments and finally, the Supreme Court of BC assigned a judge who heard all charges in one day. The cases were thrown out of court! What a memorable victory!

This story illustrates how, by asserting its rights, a community learned to "use the law to promote [its] interests". The community later successfully

> ***"We have a tradition of celebrating the law and avoiding the issue of race; the system deals with race by avoiding it. We obfuscate the issue with terms like "diversity" but what does that mean? Racial prejudice plus institutional power equals racism"***
>
> **A Participant**

negotiated the creation of child welfare committees and new protocols to protect aboriginal children.

The second story was about the efforts of community groups to help people appearing without representation in family courts. A program was developed and funded to provide family court advocacy training so that people could help applicants and respondents fill out family court forms and prepare their cases.

The program initially was very successful, but an evaluation conducted two years later revealed that "half of the advocacy projects had moved away from helping clients to represent themselves to providing information, referral and 'emotional support'." Ms McEown explained:

> Two critical elements were needed to make the project work. The community group sponsoring the program had to have stable funding, sufficient resources to manage the program and credibility in the community. As well, it needed one person in the family justice system as a partner. Without staff and community credibility, it could not maintain the services. Without the support of someone in the system, it was too hard to continue to provide the service. Clients weren't referred, their work was challenged, and backup wasn't available.

> ***"The rules are much more complex forcing people through many doors and forums before they can ask a judge to make a decision in their matter."***
>
> **Carol McEown**

Part of the problem is also that procedures have become much more complex. What seems to be missing is any kind of co-operative effort to recognize and respect the challenges faced by an individual seeking to resolve a problem that has a legal solution.

The third story concerned restorative justice programs for youth. Such programs were community-based and solution-oriented with the purpose of keeping youth out of the court system. Ms. McEown observed:

> All the community needed to do was convince corrections and the provincial government to use less money for lock ups and put it into alternative programs. When I spoke to the province, the response was that if the programs were funded, they would no longer be true community initiatives.

Meanwhile, she would hear stories about kids who normally would never have been charged agreeing to punitive sentences because they did not know they had a choice.

These stories suggested three issues that need to be addressed:

1. There are many communities. Where is the venue to discuss the different views of justice and to learn about other ways to provide justice?

2. Programs developed by one community may not be appropriate for another. Alternative dispute resolution models or restorative justice are seen as the new saviours of the justice system.

3. How do we get the justice system to share its power and its resources?

Discussion

The discussion quickly focussed on how to define communities and how to involve them in the access to justice process. Participants made the following observations:

- It is very difficult to keep the community involved. It takes time, care and dialogue

to identify your community on the ground (to build bridges). You must be flexible and accommodate diversity. Moreover, some communities are not interested in delivering services.

> *"Public education is an important part of community development."*
>
> **A Participant**

- We talk of organizing communities to interface with the formal justice system, but how is this done? How do we integrate and how do we ensure that someone with authority is in the community?

- Some participants were concerned with the downloading of services and responsibility to the community. The community needs adequate resources so that the community is not simply a "cover" for off-loading.

- Law is not the best resource when there is a breakdown in the community. There is a need to support social systems so that the law is the last resort. Under the current system the law deals too often with social problems.

- Justice should be an informal process. Communities are partly destroyed by the rule of law, so perhaps we should avoid this approach.

AFTERNOON PLENARY

During the afternoon plenary the rapporteurs summarised what they heard during each of the four workshops. This in turn led to further discussion.

1) MORE OR LESS? THE ECONOMIC PERSPECTIVE

Owen Lippert, The Fraser Institute, was the rapporteur for this workshop. In addition to providing a summary of the workshop presentation and discussion, Mr. Lippert challenged participants to consider the "why" question when deciding if "other or alternative" access to justice programs should receive funding.

> *"Access to justice is no longer about absolute need, but a relative one, when it comes to scarce public funding."*
>
> Owen Lippert

He also encouraged attempts to address the root causes of access to justice-related problems, "within the competency of justice providers," and remarked that decisions concerning funding of access to justice programs should depend on research, "not political whims."

Discussion

- We need to encourage the development of national principles — there is no reliable expectation as to what to expect from the justice system.
- We must start practising what we preach in relation to community capacity building and community involvement in the justice system.
- Legal aid does not have indicators or measures for determining the resources needed.
- We need to consider school programs for young people — youth represent our greatest resource.
- We need research on whether our current mechanism of incarceration is successful. We need to determine the success rate of the prison system — recidivism, standard of living — and understand if we have made improvements.

2) NEW PARTNERSHIPS AND NEW DELIVERY MECHANISMS WORKSHOP

Maureen Maloney, Co-director, Institute for Dispute Resolution, University of Victoria, British Columbia, noted that, among other issues, participants in this workshop discussed the challenge of promoting participatory justice and the need for recognising the difference between criminal justice and social justice. Solutions discussed included enunciating the basic principles of the justice system (e.g. respect, fairness, accountability and tolerance) and encouraging changes in the culture of justice (e.g. building partnerships and stop thinking that justice officials are the authority with all the answers).

> *"Our society is so diverse, so the answers to justice-related issues will be diverse. We may need a philosophical shift from a neo-liberal based system to one grounded in the community and aware of cultural issues."*
>
> Maureen Maloney

Ms. Maloney then asked participants to consider how globalisation will affect our conceptualisation of justice and what the system of justice will look like in the in the next ten years given the new information age.

Discussion

- Globalisation has meant that we have less ability to make our own decisions (decreased sovereignty). Many justice issues, to a certain extent, are no longer a sovereign issue (e.g. people suing companies in other countries). It is hard to answer the globalization question because it includes so many facets.

- Globalisation is creating disparities in developing countries, restricting the mobilisation of people. For instance, some multi-national companies keep people in developing countries in low-wage positions. We criminalize those who use illegal means to enter Canada while corporations benefit from the law. The mobility of people is restricted in favour of the mobility of capital.

- Although people see globalization and the information age in a negative light, there are some benefits also. For example, the information age has allowed some Aboriginal communities to communicate with groups in other countries. This has given them a stronger voice.

> *"Justice needs to be tailored to local solutions because of growing cultural diversity."*
>
> A Participant

- Justice is the downstream recipient of social problems whose origins are outside the justice system. There is an assumption that the justice system contains the best solutions, but sometimes it has the worst solutions. We need to access solutions instead of accessing justice.

- There is a risk involved with emphasizing information technology as a means of reaching out to non-traditional communities. However, information technology is important and the Department of Justice should take it seriously.

- Another concern with information technology is the growing commercialisation of the Internet. We must ensure there is necessary public space (danger of corporate sponsorship) for discussing justice issues.

- Technology has a way of minimising the public space. People will just stay at home and not have public discussions. We need to find a way for people to still meet face-to-face.

3) DIVERSITY AND ACCESS TO JUSTICE

Maggie Hodgson, from the Assembly of First Nations, was the rapporteur for this workshop. Ms. Hodgson started with a prophecy that the year 2000 will be a year for healers and reconciliation. It will be a spiritual as well as a legal process focused on building relationships and convincing people to treat each other with respect. Diversity and justice is not just a legal process, it is a spiritual process.

> *"Money does not fix pain, nor does it lead to justice."*
>
> Maggie Hodgson

Ms. Hodgson also noted that the mainstream system of justice assumes that once a decision is reached that the problem is gone and that justice has been reached. Do we really want this complaint driven style of justice?

Where is the willingness to change institutional powers?

Discussion

- How do we articulate the process of empowerment? How do we measure progress and change? Where there is an increase in equality and justice, does this provide us with outcomes?

- Different communities have different needs (e.g. Afro-Canadian and Aboriginal communities have different needs).

- There needs to be an increase in the visibility of diverse groups working in the justice system.

> *"We need to stop relying on prison as a response to crime (e.g. over-representation of Aboriginal youth)."*
>
> A Participant

- When a community is empowered, what is actually happening? Who is being empowered and where is the accountability?

- The ultimate measure of justice is reconciliation and acknowledgement of wrongdoing, but we typically deal with conflict through restitution measures such as financial compensation. It is critical that the community helps define the resolution to a complex problem (e.g. residential schools).

- The evaluation process is largely political. Government usually just wants the evaluation completed so that it can say the program has been evaluated.

- Prevention and its merits often are not mentioned in studying objectives — prevention should be measured.

4) THE ROLE OF CITIZENS AND COMMUNITIES

Penelope Rowe, Community and Social Services Council, Newfoundland and Labrador, provided the final workshop summary. Ms. Rowe noted how society is becoming more polarised (between the rich and poor, educated and uneducated, rural and urban regions, those with access to influence and those without) with a greater threat to the breakdown of social cohesion. Government public policies are sometimes mixed, and often in direct conflict. Interestingly, the matter of "access to justice" is not really a public concern. It is not addressed within the broad public context.

> *"The overriding challenge is making it all come together: building bridges, having a network of trusted and skilled interlocutors and more effective partnerships, finding better ways to integrate what we know and sharing knowledge and best practices"*
>
> Penelope Rowe

Ms. Rowe suggested that we must understand justice in all its dimensions, as a concept that is broad and all encompassing. It must include dealing with broad societal — social justice — issues such as health, insecurity, education, and poverty (e.g. the "determinants of health model"). We understand and often voice these ideas, but the policy, programs and resources are not in tandem. We need more horizontal dialogue, and planning and policy design that will help achieve greater policy and program coherence. Ms. Rowe then asked participants to consider how we should accommodate and manage change, what the next steps are for advancing the "access to justice" debate, and how we overcome barriers between all levels of government and diverse populations.

Discussion

- The discussion of community involvement is unfolding during a period when government is cutting social programs and abandoning national standards.

- How do we overcome the conflict caused by the jurisdictional confines? How do we reconstruct our current framework to integrate communities?

- The current legal and justice system is a conflict based construct — based on the precept of "winners and losers" and by its very nature tends to break rather than repair relationships.

- Discussions about community involvement are euphemisms for government downloading and resource reduction.

- It is not a one-size-fits-all scenario. We need to rebuild bridges between jurisdictional responsibilities and we need to mobilize communities and sustain community-based projects.

> *"There needs to be a commitment to power share and to the concept of inclusion."*
>
> **A Participant**

- There is a *"ton"* of good *"pilot programs"* that need to be researched and understood.

- Community participation is positive in that all levels of government can fund these programs. However, governments often bring their jurisdictional issues to the community level, thereby diminishing community capacity to deal with justice-related issues.

SYNTHESIS — THE KEY CHALLENGES

The difficult task of pulling together the various ideas and comments formulated during the day fell to **Gilles Paquet**.

> ***"If you only have a hammer, everything looks like a nail."***
> ***Anon.***
>
> **Quoted by Gilles Paquet**

He observed that the message that emerged from the first session of the Symposium was that the record of Canada in respect of access to justice might not be as enviable as is usually believed. In short, "the 'fortress' of the formal justice establishment as defined by the traditional courts is not impregnable, [...] there even is 'péril en la demeure' when one examines carefully the 'house of justice' in Canada." The three panel members provided different perspectives on the ways to improve access to justice through better prevention, closer connection with communities and more restorative justice.

Mr. Paquet noted that, in a sense, the workshops opposed the "Barbarians" to the "Insiders", that is, the outsiders to the insiders:

> The first three workshops were constructed around the concerns of groups outside the fortress of the formal justice system: (1) the citizenry and communities, (2) the diversity of groups making up the Canadian social fabric and those concerned with their welfare, and (3) the economists who have a perspective on the justice system quite different from the lawyers. The fourth workshop was focussed on the examination of alternative instruments and partnerships that might be used to improve access to justice.

What was clear was that the outsiders wanted in. There was a strong feeling that "the lay community and the citizenry in general should participate not only in the process of lawmaking, but in the process of production of justice."

Mr. Paquet encapsulated some of the messages he drew from each workshop as follows:

Citizens and communities

The debate centred on the difficulty in defining community, in operationalizing the roles of citizens and communities, and in ensuring that the requisite infrastructure needed for the citizens and communities to operate effectively in a world (1) where the courts are not the only forums the citizens need to access and (2) where circumstances are such that a "one-size-fits-all" strategy is not useable, would be put in place.

Diversity

The formal system has given recognition with particular force to the argument of access to justice through equal treatment. There has been some "judicial progress" on this front. But it was found that the formal system has not been very successful in developing delivery mechanisms to meet the promise of substantive growth in the "right to equality".

Economics

The case for the importance of research and measurement in determining resource allocation within the justice system is obviously strong. Moreover, the suggestion that outcome measurements may serve as surrogate numbers for what the price mechanism reveals in the private sector is reasonable. However, the temptation to ascribe too much potency to the rational model or to lionize quantophrenic exercises was not always altogether avoided in the debates.

New mechanisms and partners

It was recognized from the very beginning that the diversity of the Canadian population, and the unequal distribution of income and wealth but also of access to power, made it impossible to accept that a one-size-fits-all system would work.

A common theme to the workshops was the need for more or different resources, particularly for restorative justice. Participants also drew attention to the basic inertia of the formal justice system. A significant aspect of this system is the nature of its financial infrastructure, that is the manner in which lawyers and other workers in the system are remunerated and the relative efficiency and effectiveness of the current apportionment of resources. Finally, the current system has tended to focus on rights while not paying sufficient attention to a needs-based approach that might help solve problems up-stream.

The many pressures on the justice system have led to paradoxical situations. For example:

> It is difficult to see how this call for substantive equality and sameness can be reconciled with local justice or different standards being applied according to circumstances. This paradox strikes at the heart of the formal justice system and challenges its present incapacity to provide the requisite amount of casuistry.

Moreover, calls for inclusion and participation may challenge some of the fundamental features of our democracy in that they "are often seen as short-circuiting due process".

Mr. Paquet concluded with a few suggestions about what might be done to improve access to justice in the short run. The first is to define, at least in terms of values, what sort of justice we want.

> Second, it was also clear that one cannot explore the different possible alternative mechanisms or alliances with other groups in defining an improved system of access to justice without a better knowledge of what experiments have been conducted, and with what degree of success, in Canada or elsewhere. Such a catalogue does not exist. It would appear crucial to ensure that it is prepared forthwith.

Third, serious efforts must be made to encourage "the maximum amount of experimentation and innovation in the development of better access to justice."

These shortcuts could prepare the way for more fundamental changes in the long run.

Janice Charette, Senior Assistant Deputy Minister, Policy Sector, Department of Justice Canada, delivered the closing address. Ms. Charette noted that, throughout the day, Symposium participants identified the need for expanding the concept of access to justice to include new and innovative community-based approaches (e.g. access to justice as part of a holistic system that includes health and social policy). She also evinced that many participants encouraged more research and knowledge sharing, and that new access to justice initiatives must be sustainable and respectful of the fact that one size does not fit all. Ms. Charette concluded by thanking the participants for making the Symposium a success.

CONCLUSION

In overall terms this one-day of extra-ordinary conversation revealed that, perhaps more than ever, people from both inside the justice system and other areas of human endeavour are very disenchanted with the mainstream justice system. Amongst this eclectic group of leading thinkers there was a tremendous appetite for change, remarkable support for re-imagining the traditional justice system, and a general eagerness for experimenting with new and innovative ways for assuring all Canadians have access to justice. However, much work remains. The Symposium only represents the beginning of an important process of re-examining the substance of access to justice and the means to achieve it.

Despite the fact that the Symposium did not provide a recipe for change, it did reveal a set of themes that can act as guideposts toward a better and more accessible justice system. The following list provides a glimpse of these guideposts:

1. **Restorative justice** was frequently discussed throughout the Symposium. In general terms restorative justice is an attempt to restore the relational dimensions of the justice process by recognising the role of the community and the importance of human interaction. It represents a process of healing and spirituality, not simple diversion. Many participants pondered what the non-Aboriginal community could learn from restorative justice approaches.

2. From the outset participants maintained that **access to the justice system is not access to justice**. As Roderick Macdonald argued in his opening plenary presentation that "we come to focus on 'access' to justice rather than justice itself; and while we proclaim 'access to justice' as a goal, what we really mean is 'access to law'. The most significant concerns about justice faced by Canadians have little to do with narrowly cast legal rights; they have to do, rather with the recognition of respect."

   Many participants argued for a conceptual shift in the culture of justice to facilitate a better understanding of the difference between access to the justice system and access to justice. However, Lois Gander from the University of Calgary argued that "new visions of justice are only possible if we are prepared to abandon the familiar for a moment and entertain alternatives, no matter how unrealistic they may seem at first. Within them may lie the germ of an idea worth maturing."

3. An implicit tone to many discussions was that **justice is achieved when a solution satisfies all parties involved in the dispute**, a decidedly non-adversarial approach. Many participants articulated that justice is an inherently social and solution-oriented endeavour that does not easily fit into narrowly defined legal regulations.

4. Many participants firmly believed that providing access to justice is contingent upon recognising the diverse needs of Canadians — **one size does not fit all**. Indeed, issues of gender, race and class underpinned the various discussions, and, in the process, emphasised the challenge of assuring access to justice for diverse, mariginalised, and disadvantaged groups.

5. Many participants described the traditional justice system as being ill equipped to meet the needs of the community, and that the capacity to solve problems actually rests within **community-based justice programs**

and initiatives. Despite this recognition, many participants expressed concern about the logistics of realising this process. How to encourage localised notions of justice, and how to reconcile it with calls for "substantive equality and sameness" remains an unanswered conundrum.

A corollary to discussions concerning the role of the community was some debate about partnerships between communities and various levels of government. To what extent should the government become involved in community-based justice initiatives? Is "community-based" justice a euphemism for government downloading of services and responsibilities?

Moreover, many participants cautioned against overlooking the role of the traditional justice system. "Don't throw out the traditional civil justice system", argued Carol McEwon, noting that many community groups are just now beginning to learn how to use the system to their advantage. To them, the law is a powerful tool for protecting rights and promoting change.

6. A common message conveyed throughout the Symposium was that **meeting needs is equally important as protecting rights**. Our current system of justice is based on a protection of rights framework. The thinking at the Symposium emphasised, in addition to protecting rights, the importance of meeting the needs of individuals attempting to access justice. Many participants argued that understanding diverse needs could only be achieved through community consultation and extensive research.

7. The issue of **sharing power and resources to achieve access to justice** surfaced at several junctures of the Symposium. Total justice system spending exceeds $9 billion each year. Members of disadvantaged groups must be given a meaningful role in designing justice system change, and the existing resources must be shared in order to allow experimentation with new ways of providing access to justice.

These guideposts only briefly touch on the key Symposium themes and their implications for justice policy. The Research and Statistics Division at the Department of Justice Canada will continue to examine the wealth of information that came out of the Symposium in a series of more analytical reports. However, much work remains. The Symposium provided a rich body of information and perspective from leading Canadian thinkers about providing access to justice for Canadians. This represents an abundant source of ideas for policy research and development in this key area.

APPENDIX A

EXPANDING HORIZONS: RETHINKING ACCESS TO JUSTICE IN CANADA

DELTA HOTEL, OTTAWA
MARCH 31, 2000

AGENDA

8: 00 a.m.	Continental Breakfast
8:30 a.m.	Welcome by Mr. Morris Rosenberg, Deputy Minister of Justice and Attorney General of Canada.
9:15 a.m.	**Panel:** Three perspectives on Access to Justice (Mr. Jacques Dufrèsne, Mr. Roderick Macdonald, Judge Mary Ellen Turpel-Lafond), followed by group discussions.
11:00 a.m.	**Workshops.** Participants will attend one of four workshops on the following topics.
	1) More or Less? The Economic Perspective (Presentation by Mr. Stephen Easton)
	2) New Partnerships and New Delivery Mechanisms (Presentation by Ms. Lois Gander)
	3) Diversity and Access to Justice (Presentation by Mr. Brian Etherington)
	4) The Role of Citizens and Communities (Presentation by Ms. Carol McEown)
12:30 p.m.	Lunch
2:00 p.m.	**Plenary report** on workshops and discussion of key challenges for the future.
3:45 p.m.	**Summary of key challenges** for the future (Mr. Gilles Paquet).
4:15 p.m.	**Concluding remarks** Ms. Janice Charette, Senior Assistant Deputy Minister, Policy Sector, Department of Justice Canada.
4:30 p.m.	Closure

APPENDIX B

CITIZEN ACCESS TO JUSTICE: ISSUES AND TRENDS FOR 2000 AND AFTER

Mark Kingwell, University of Toronto

(Prepared for the Symposium: **Expanding Horizons: Rethinking Access to Justice**. Hosted by the Deputy Minister of Justice and Deputy Attorney General of Canada. March 31, 2000, Ottawa, Ontario)

INTRODUCTION

In this short paper I am going to identify some key issues and trends for access to justice as Canadians enter the twenty-first century. This is not an exercise in prognostication or futurism, but instead an attempt to characterize matters that already concern us, and will likely continue to do so in the years to come, as we struggle to make Canada a more just nation.

I write from a particular perspective, that of the political philosopher and social critic. I will not assess here the current state of federal policy, or summarize the recent access-to-justice literature, tasks for which I am not competent in any case. Nor will I mainly focus on the specific issue of access to the justice system. My intention is, instead, to offer a survey of some larger-scale ideas that might help us think more productively about access to justice, beginning with some deeper reflections on what justice itself is, and why we, as citizens, need to feel that channels of accountability and influence are open to us in pursuit of a just society.

It is important to state immediately, as a baseline assumption, that access to the justice system must be part of any just society; and that, moreover, Canada's record in this regard is not as enviable as some complacent politicians would have us believe. Despite the worthy efforts of legal aid programs and other measures aimed at more general distribution of this key social good, it is still the case in this country that those with greater financial means consistently enjoy greater access to, and wield more influence within, the machinery of law and the courts. Not every part of justice is about going to law, as I will argue below; but if many of us still cannot afford to fight a legal battle, or defend ourselves formally, when that is the appropriate course of action, then we cannot rest content about the larger questions of justice. As always, the courts are a limit-case of whether a given citizen is being served by the social system to which he or she belongs.

In the remainder of this paper I will focus on the following five main trends and issues. (1) The still-growing diversity of Canada as a nation, and the changing face of the global population of which it is a part. (2) The growing globalization of political experience, consequent upon the globalization of economic and cultural life, and a resulting decline of faith in national sovereignty. (3) The complex isomorphic relationship between cultural and political experience — a relationship swiftly changing, now up to the global level. (4) The role of

technology, and access to technology, in political life. And (5) The possibility of new forms of citizen action, and access to justice, in our speedy times.

In the space available I will only be able to sketch the issues in outline, but I hope these sketches, necessarily so brief in this form, will lead to further discussion.

1. DIVERSITY

Canada has an enviable record in accommodating cultural and ethnic diversity within its evolving form of federalism. In this sense, it is a success story in the contemporary problem of making liberal states responsive to the challenges of a changing citizen base. But Canada still falls short of true accommodation of difference, especially in crucial justice-based areas such as the legal profession and the court system. (Also the universities, government more generally, and many professions).

The basic insight of liberalism, the dominant form of modern political theory, is that states are legitimate if and only if they provide room for differences of opinion with respect to how one may live. At the inception of the European modern era, this principled tolerance was directed mainly, if not exclusively, towards the issue of religious diversity, and was in large measure a pragmatic solution to the problem of bloody wars based on sometimes arcane theological disagreements. (That a disagreement is arcane is not, as history shows, any reason for the resulting conflict to be any less serious, or less violent). Early liberal theorists such as Locke and Spinoza argued that a society might tolerate different routes to salvation, as a matter of personal interest, so long as basic structural matters such as property and contract were secured centrally. Gradually, the idea that any state should have a single, comprehensive theological or philosophical basis — a "perfectionist" view of its citizens — was replaced by the idea of the state as a guarantor and guardian of basic rights, with personal matters left to private reflection.

This is crude summary. In practice, many old ethical and religious conflicts continued and many new ones entered. The liberal solution to diversity has never been perfect, and has lately been challenged by particularistic claims made on behalf of groups who feel marginalized by the central tenets of the liberal orthodoxy: women, gays, people of colour, First Nations. By the same token, religious differences have lately been supplemented by differences in culture, race, gender, and sexuality as issues in political accommodation. This has forced liberal states to be flexible and open-ended, and to find new forms of compromise among citizens who may share only very little in the way of basic ethical commitments.

It thus begins to make sense to speak of "liberaloid" rather than liberal states: ones that manage to combine quite substantive central documents such as the Canadian Charter of Rights and Freedoms (which goes beyond the minimalism of classical liberalism) with looser forms of citizen identity that demand little in terms of agreement or central identity. Given the growing diversity of our population, and the changing face of the global population, where those of European descent are in a shrinking minority, this open-endedness is appropriate and necessary.

There is, however, a lag in responsiveness to this diversity within institutions, in particular institutions that are designed to be preservative. For present purposes, the Canadian court system is a good example. While there have been substantial gains made in recent years by women, people of colour and Native Canadians, they are still dramatically underrepresented on the

country's benches. In ways sometimes too subtle to measure, this affects the quality of justice available to many citizens of this country.

It also, more deeply, opens up the question of whether Canada as a society is being sufficiently responsive to the growing range of cultural and ethnic differences that mark the Canadian population. Canada has proved itself comparatively welcoming to people from elsewhere in the world who want a better life. A persistent challenge as we move into this new period of our history will be to follow through on that welcome, to make the social and political infrastructure of the country a reflection of the many kinds of people who choose to call themselves Canadian.

2. GLOBALIZATION AND CITIZENSHIP

The other side of our relatively open immigration policy, the side facing outward rather than inward, poses a different kind of challenge. It means that we must now reconceive our justice commitments externally as well as internally. Such rethinking is likely to alter our sense of what it means to be a citizen of Canada — or of any other currently existing country.

It is commonplace today to note that old ideas of civic belonging no longer compel our attention or answer our needs. Nevertheless, it is a commonplace worth repeating, and one that has special resonance for the question of access to justice. The political structures to which the old ideas of civic belonging are wedded, including national governments and their routine exchanges of services in return for tax loyalty, are not yet dead. But they are suffering — and they are often nothing compared to the real powers of our world, the real centres of loyalty and identity for most people: corporations. (That loyalty is, to be sure, quite often misplaced or undeserved.)

Corporations and firms have not simply taken over the structures of production and consumption. They have also, in extreme cases, usurped our private selves and our public spaces. They have, furthermore, created bonds of belonging far stronger than any fractured, tentative nation could now hope to offer. They provide structures of identity and loyalty, ways of making sense of one's place in a complex world. They are also far more powerful, and richer, than many nations: the annual budget of France was only three-quarters of the combined value of America OnLine and Time Warner when those two media giants merged in January 2000, and K-Mart's 1998 U. S. sales were equal to the estimated budget of the entire Russian military.

But corporations are not democratic, and they do not possess the political legitimacy that is necessary to justify that kind of power. We have global markets, however unjust and skewed; and we have a global culture, however banal and enervating. What we don't have, but desperately need, is global politics to balance and give point to these de facto universal facts.

These issues are relevant to access to justice because the abrupt restructuring of power vectors around the world has meant, in many cases, a drastic diminution of national sovereignty and, hence, a reduction in the ability of national governments to meet the needs of their own citizens. Countries that were formed in the eighteenth- and nineteenth-century rounds of unification, or emerged in strength after the upheavals of world war in this century, no longer appear viable. In many cases, including Canada, the nation of yesterday is increasingly reduced to the economic colony of today, beholden to markets that have no respect for sovereignty. A member of the G7 (G8 if that other crumbling nation-state, Russia, is invited; or even G20 in a later formulation), Canada nevertheless lacks power in arranging its own affairs.

What this means for citizens is not yet obvious. Should they seek accountability, and hence justice, at other levels of governance, as when protesters organized against the World Trade Organization meetings in Seattle in 1999 (the first significant acts of post-national citizenship)? Or should they continue to seek access to the resources actually commanded by their national government, even as those resources become more attenuated and unreliable? Undoubtedly the immediate future holds the challenge of finding complex, multi-tasking forms of citizen action in the service of justice: we will have to tailor demands for accountability and just distribution of social goods at the appropriate level, the level where action is most likely to call forth a meaningful response.

Clearly this situation will get more complex before it gets simpler — if it ever gets simpler. Access to justice, no less than any aspect of life now, cannot be restricted in scope to the national level. Our demands for justice are always tempered by the needs of other citizens: that, after all, is a key part of what it means to be a citizen in the first place. The mounting challenge in this new century is going to be finding ways of making sense of citizenship on a trans-national, possibly post-national, scale even as we struggle, as always, to make our local environments civil, well-ordered, productive and pleasant. One likely outcome — one which, like much of what I am discussing here, is already true in many respects — is that, as the national level of social organization declines in importance, municipal and transnational levels of organization (or, more accurately, governance) will experience a twinned increase in influence.

3. CULTURE AND CONFLICT

Given these changes on the larger scene, it is time to accept that we cannot address the political emptiness of our de facto global culture by simply continuing the talk about nations and their laws, or conversely by confining political debate to the local level, however proximate and significant it may appear to us. Those moves, which made sense when the world was still dominated by the nation-state model of a century ago, today simply surrender the larger field to the power of corporations to create and dominate markets, to rape the environment, and to amass profit without regard for the labour which actually creates wealth.

So much is probably obvious. What is not obvious to many people is what, precisely, we can do about it. The task for any useful theory of citizenship now is therefore to provide a sense of meaningful political activity in a world where such activity is ever threatened with meaninglessness. We have to press the internal commitments of globalism rather than retreat from it. We have to make the new cosmopolitan ideal not just a marketer's dream, an image from a Gap ad campaign, but a political reality. We must, furthermore, create a new sense of belonging that embraces differences as well as transcends them, that forges commitment across boundaries without erasing the things that make those boundaries interesting in the first place. Already it is impossible to travel the world without coming across a Disney store or a McDonald's or a Nine West outlet in some public square. We could hardly count it a victory if we simply reproduced that deadening sameness at the level of the citizenry.

A tall order. The persistent challenge set in political theory by diverse cultures is how to find a degree of political substance that is sufficient ("thick" enough) to bind citizens, but at the same time sufficiently flexible ("thin" enough) to allow them to pursue their life projects without undue interference. This challenge holds whether we are confining ourselves to a

single nation-state like Canada or the United States, or attempting, however boldly, to speak of a larger sphere. When we consider the difficulties that beset even these lower-level political bodies — the enduring conflicts between the Quebecois and English Canada, the sharp divides and threats of separatism still afflicting blacks and whites in America — it may seem bizarre to attempt a move to a higher plane. Is there, could there ever be, a single conception of citizenship that would answer to the needs of those living in Germany as well as those living in Indonesia? Is anything that could even command intelligibility in both places, and in a hundred more besides, going to be much better than an empty form?

To get this argument off the ground, we have to narrow our search parameters somewhat. For the simple answer to the former query is of course: No, there is not a single conception of citizenship equal to the diversities of current nations. For one thing, most of them (Germany is a good example) are rooted in 19th-century ideas of the nation as ethnos, as a body of racially similar people. In contrast to earlier notions of the nation as demos, a body of politically linked people, these ethnic nations have a built-in charge of vicious exclusion. Hence the gradations of citizenship offered to people who enter contemporary Germany, from the lowly Gastarbeiter — the guest-worker, modern-day equivalent of the Metics found in ancient Athens — to the literally full-blooded citizen. Nor is this even an extreme example of political exclusion based on race. For that you have to look to the southeast, to the Balkans; or to central Africa, in Rwanda.

If we dwell too long on these depravities, our confidence that anything may be said or done begins to wane. They are a necessary curb on flights of political fancy, but they cannot be allowed to dominate the field of our awareness. Still, the violent robustness of the ideas of belonging at work in these tortured places would seem to mock the attempt at creating a more inclusive form of citizenship. In the language of thick and thin, how could anything capable of stretching across the range of political contexts be anything but thin to the point of transparency, a flimsy sheet of political naïveté?

What we seek is a form of universalism, and because that has become a danger word in recent political discourse, we must articulate a universalism that will not raise the hackles of those who note, rightly, how most forms of universalism have had oppressive effects. For those even a little unlike the white male rationalists who first defended universalism, the attempt to rise above particularity in search of some higher identity has meant only systematic denigration of their very real struggles for minimal identity. As the philosopher Iris Marion Young has succinctly put it: "[I]n extolling the virtues of citizenship as participation in a universal public realm, modern men expressed a flight from sexual difference, from having to recognize another kind of existence they could not entirely understand, and from the embodiment, dependency on nature, and morality that women represent."

But there is an important difference between covering-law universalism and reiterative universalism — a distinction first employed in the matter of justice by the political theorist Michael Walzer. Covering-law universalism takes a single conception of X, in the present case of citizenship, and imposes it everywhere, without regard for local conditions or needs. As a consequence, it is likely that this version of universal citizenship will be experienced as alien, even actively oppressive, by those on the ground. Reiterative universalism recognizes, by contrast, the pragmatic limits on both philosophical inquiry and political action. It asks not that a single conception, ever unaltered, make way in all cases; only that every case,

whatever its particularities, find a way to express a version of the universal value.

So, for example, the current culture of science is ruled by covering-law universalism — or at least is its favoured form of self-conception. But at one time, not long ago, it displayed a much more reiterative form of universalism, since each relatively isolated pocket of empirical investigation was trying, in its own idiosyncratic way and with varying traditional backgrounds, to speak the scientific truth. The notion of scientific truth functioned as a universal value, and governed each instance of the same kind of investigation, but with a degree of difference that would seem odd, if not dysfunctional, to someone reared in the fluidly global scientific culture of our own day.

But it was not dysfunctional, just locally variant. And the local variations posed no philosophical threat to the value of truth as it then ranged across the different contexts. Hybrid forms are common, even typical, in such circumstances; elements of the universal value mingle with local customs and eccentricities. The value molds itself to the peculiar shape demanded by the local conditions, without entirely losing its coherence — and, importantly, its connection to other iterations of the same value in other local conditions.

We need not claim that a form of reiterative universalism must "mature" into a covering-law universalism in order to be valid. Science works better because of the extensive communication across other boundaries, true, and it has successfully developed its covering laws. But citizenship, like justice, may not possess the same kind of potential — and may not have to. Certainly there have been many thinkers, past and present, who thought it did, or ought to. But that is neither necessary nor, in present circumstances, desirable. Such theory-driven desires can cloud our judgment about what is possible, and destroy the value of this distinction by rank-ordering the two forms of universalism, such that the real victory of reiteration is lost. Pragmatism in politics demands pragmatism in theory. We must remain agnostic on the question of whether citizenship will ever achieve the kind of universalism that is currently enjoyed by scientific discourse.

What this means in practice is not something I or anyone could hope to say in quick detail, for it is work not yet done. It does seem unlikely, as I have been suggesting throughout this discussion, that essentialist notions of citizenship will help us here, will indeed erect just the kind of bloodline or basic-trait barriers that make of citizenship, in nasty instances, so viciously punitive. But the standard solution to that impasse, which involves shifting thoughts about citizenship to procedural or constitutional ground, has displayed only limited success. Citizenship can only function if it is perceived and inhabited as a political role, which is to say as a concrete disposition to act.

What I am noting now is just how deep that challenge to act goes, and how difficult the task before us remains. Constructing a stable identity in the dreamscape of our media-saturated world is fraught with overdetermination. There are always too many options, too many choices. Paradoxically, the problems of politics often arise today not in the form of a problem of scarcity, but as one of abundance. We have too much, too many things to choose from, and that effectively distracts us from forming the concrete intentions to address the more basic issue of uneven distribution of things and choices. A surfeit of options may be considered both a blessing and a curse.

But in any event there is one sense in which we have no option: we cannot begin elsewhere than

with the surfeited social-cultural environment which already shapes us as what we might call (as the next theme will make clear) "cyborg-citizens."

4. Technology and Humanism

We have been slow to accept the alteration of our natures through the influence of these cultural factors, including the omnipresent influence of technology. This can be hard to see, especially if we are moved by the apparently liberating possibilities of our now-constant immersion in technology, the sort of transvaluation of traditional values celebrated by Donna Haraway in her prescient 1985 essay, "Manifesto for Cyborgs." Haraway is no simple Wired-style techno-booster, certainly, but her nuanced discussion of the cyborg future opened up as many troubling possibilities as emancipatory ones.

"The cyborg is resolutely committed to partiality, irony, intimacy, and perversity," Haraway writes in the Manifesto. "It is oppositional, utopian, and completely without innocence. No longer structured by the polarity of public and private, the cyborg defines a technological polis based partly on a revolution of social relations in the *oikos*, the household. Nature and culture are reworked; the one can no longer be the resource for the appropriation or incorporation by the other."

Haraway's forward-looking analysis became the theoretical ground-zero for a generation of cyber-anarchists, newly wired feminists, and prophets of a transhumanism greeted with both alarm and enthusiasm. Among the last are two significant Canadian thinkers: Arthur Kroker has written darkly and densely about the dangers of the rewriting of the body via technology; while Christopher Dewdney looks forward happily to a time when the species would take its new big step and move beyond the physical.

The influence of technology on the political self is a story which in truth is the story of human history but which tends, in practice, to become the story of the twentieth century. The reason for this truncation in scope is obvious enough, and is symbolized in a few choice inventions which, though in some cases born earlier, only come into their own during the bloody century: the machine-gun, the airplane, the automobile, the telephone, the television, the computer. Mass production and mass destruction are the twinned pinnacles of twentieth-century life, and we still pledge our allegiance to them at every moment.

One consequence of this fact is the current inescapability of capitalism — something which is sometimes challenged but mostly just accepted, indeed celebrated. Whether we like it or not (mostly not, if the citizens of this country are any indication), our bodies themselves now underwrite the dominance of the market, because every moment of waking and sleeping life is shot through with commitment to the goods and services of the global economy. We are capitalism made flesh.

Another consequence is a profound change in our sense of ourselves, a change best caught by the somewhat misleading label "post-evolutionary." Our mastery of technology means we are no longer beholden to the gene pool, which we can now shape and perpetuate independently of natural reproduction, with all its risks and tempestuous emotions; and we are no longer bound entirely by our natural environment, which we can also shape — though on the whole we seem bent on destroying it instead. That is one reason the post-evolutionary label is misleading: we are still constrained at the baseline by natural facts, even if this baseline is always shifting because of our ingenuity. The other reason to be suspicious of the label is that we are of course still evolving, if not quite in the manner of crude Darwinian orthodoxy.

What does this entail in politics? First of all, an additional citizenly duty, namely to attend to and understand the conditions of our technological existence — however painful that may be. It is common these days for those of us in the privileged world to carry on large parts of our existence via e-mail, creating little virtual agoras out of our far-flung friends; or organizing dissent via the decentralized medium of the Internet. But these ethereal movements must nevertheless issue in the still-indispensable actions of shared space if they are to be truly effective. The anti-corporatist protests of June 18 and November 30, 1999, for instance, so effectively drawn from otherwise diffuse quarters, would have meant far less if they had not led to 40,000 people occupying the streets of Seattle, or 500 of them engaging in the highest form of citizenship, peaceful civil disobedience leading to arrest.

In the face of rapidly changing technology, there is therefore a deeper duty still, to reconceive not only citizenship and political commitment for a new era, but human nature itself. In 1928 the critic Walter Benjamin noted that technology is not, as people often say, the mastery of nature; it is, rather, the mastery of the relationship between nature and humankind. The relationship is now constantly in question, and the question is a political one. That is why the "Transhumanist" prophets of our current "cyborg" status are only half right — or rather, more accurately, why we have only appreciated half, the unironic and apolitical half, of what they tell us.

Yes, we are all cyborgs now, mixed human-carbon hybrids with wires shooting through our watery bodies at every angle; but we have not yet managed the political implications of this fact, lost in the play of speed and pleasure that the wiring makes possible. We are too much taken with novelty and the 'loveliness' of our inventions, the pure electromagnetic wave-functions of cutting-edge technology. Technology becomes a sort of generalized deity, a wispy but all-pervasive god.

Thus our great avoidance rituals in the face of technology, such that we fixate on the cutting edge and lose sight of the majority stuck on the trailing one. Or, if political issues do come up, the way we imagine they are about something like greater access to hardware — when they might really be about greater access to the human software of literacy, that indispensable enabling condition of citizenship, that forgotten civil right.

"Our best machines are made of sunshine," writes Haraway. But that is both a virtue and a vice. Lightness and invisibility, the traits of the effective guerrilla, also entail, where power is entrenched, lack of accountability. The genuine citizen-cyborg must send out as well allow in; she must transmit as well as receive. There is no such thing as a one-way communications node. The difficulty with constant information-access and other projects of personal gratification, the difficulty with all these entertaining machines we keep giving ourselves, is not the old one of folding domesticity and privacy away from the public view, making that realm female and subordinate. It is rather that, in being so entirely permeable to the public view, privacy becomes merely an opportunity for conspicuous consumption.

What do I mean? I mean that the very idea of the polis as a shared space, a space where citizens can seek and find the negotiations and compromises that make for justice, is more and more undermined in an ostentatious display of private enjoyment, the old public/private ideology not transcended but simply reinscribed in a new, less obvious manner. Nowadays, political action is not so much prevented as nullified, made supremely uninteresting compared to the local pleasures of the house, of the cineplex, of the playdium. Why should anyone bother with

any form of citizenly responsibility beyond the purely personal claim to pay less tax and claim more benefits? Here comfort becomes its own answer, shopping and surfing and e-trading their own defence.

This will not do. We need the separate private realm not only to escape the public now and then, but also to engage more effectively with the shared, common aspects of life — to make us the sort of citizens who can actively create and maintain the essential third spaces of civil society. Whatever its many dangers and shortcomings, a well-ordered private realm makes a just public realm possible. Among other things, it makes the public/private distinction itself — along with a host of other oppositional ideas — a matter for specifically public discourse, a contested border war, for only there can we offer arguments that will be assessed by our fellow citizens — or those who might be.

Importantly, we do not — cannot — any longer expect these conflicts to resolve themselves into some larger notional whole, some form of dialectical completeness. We can only play, in all seriousness, in the space of contestation. "Unlike the hopes of Frankenstein's monster," Haraway says, "the cyborg does not expect its father to save it through a restoration of the garden." This form of utopian thinking is not Edenic. The private realm need not be stark and sparse, as it was for the ancient Greeks, who viewed it as the site of mere necessity, of physical maintenance for the more important things happening elsewhere. But an excessive concern with comfort becomes self-defeating, for it robs the enjoyment of comfort of its point, and its potential role in public justification. The private realm is for solace and rest, to be sure, but at some point these inward projects must be put in service of the larger debate that shapes the whole of social space.

Without that debate, and the legitimacy it alone offers to a specific ordering of space, the purely private realm is mere usurpation, an act of aggression against those less fortunate. Property crimes are most often motivated by need or envy, but they also sometimes have a deeper political point. In effect the burglar or robber wants to know: Where is the justification for you having so much when someone else has so little? And that is not a question that can be answered from the comfort of your own home.

There is, in sum, no political dimension left in the current wave of elaborately evasive private houses and logo-dominated public spaces; no sense of the commitment to a public good — a commitment that the genuinely private house, in its attention to thresholds, actually maintains. Home is a notion that must establish a relationship between private and public; it cannot be an end in itself. The ideal of the cyborg polis must therefore be pursued in better forms. It is, in its way, not unlike the old civic republican ideal of a public space, where every citizen is a model of the whole, a kind of cybernetic network of common projects.

5. SPEED AND CITIZEN ACTION

I realize I have been speaking at a fairly abstract level, and that this may be unfamiliar territory for those used to a more conventional discussion of access to justice. But my concerns are directly related to the overall project of justice, for I do not believe we can think clearly about access to justice unless and until we understand the contours of our cultural and political situation. I also believe that many people, in this country and elsewhere, have a vague sense that their lives are changing very, very quickly but little concrete understanding of what, precisely, that means or what, if anything, they can do about it.

Speed itself is one of the central problems here. It is the dominant trope of the age — and likely to become even more dominant as we move further into the new millennium. We are constantly told to move more quickly, to process information in greater volume, to react with increased swiftness to the rapid changes in our environment, our economy, our mediascape. This fetishizing of speed is a problem masquerading as a solution, however, for no amount of increased velocity will get us where we think we are going. Where, in any case, would that be? The culture is dominated not just by speed but by senseless speed, a sharp upward vector without a destination. In fact, we are not so much trying to get somewhere more quickly as we are trying to get away from something with greater haste. What is it? Ourselves? Our sense of unease? Our limitations?

Perhaps all of these. What we must remember as citizens — and this will only become harder to remember as we move more deeply into this new speed-freak millennium — is that speed without direction is only a fool's errand. It has no point beyond itself, in much the same way that so much of the wealth creation we see today seems to have no point beyond itself. We've had many consecutive quarters of growth, and we look set to enjoy more of the same. (This is not always obvious. We are afflicted in Canada by our own invidious comparisons with the United States, which makes us look relatively poor; and there are, to be sure, worrying trends in the matter, for example, declining average income levels compared to the rest of the industrialized world.) But growth is not its own answer. It must have a point, if it is to mean anything, if it is not to disappear in a kind of postmodern legerdemain where nothing signifies anything but itself. Moreover, unbridled growth, the internal logic of capitalism, is ultimately and necessarily self-defeating, for it will eventually — and maybe much sooner than we usually imagine — destroy the very site of its success, the natural environment of this planet.

The point of social wealth must be greater justice for all citizens. That seems obvious when stated so plainly, but what is remarkable today (not only today) is how often that simple point is lost to view. From educational policy to tax strategy, far too much of our thinking is skewed by the crude, and ultimately empty, calculus of short-term utility — and utility of a particularly empty sort, too. A just society is one which allows people to pursue their life goals consistent with the same pursuit being enjoyed by others.

Making that work is a tall order, and one which inevitably involves a measure of disappointment. In a sense, social justice is about the management of existing human desire. It is also about realizing in practice the basic principle that no one should be deprived of the basic goods produced by a society because of natural disadvantages. We want people to be able to succeed, and enjoy the fruits of their talents; but we also want them to share some of those fruits with those less fortunate — because they too are part of the very social fabric that makes success, and its enjoyment, possible in the first place.

The project of realizing the basic principles of justice, of guaranteeing all citizens fair access to justice, has lately become vastly more complicated, more challenging, and more confusing. We now have numerous justice-based obligations beyond the national borders, even beyond the human species, and balancing the different kinds of claims upon us is only going to be more difficult in future. Traditional forms of citizen action are no longer adequate to our desires for accountability and responsiveness. That is, we may have to bypass Ottawa and take our case to Seattle or New York, to APEC or the WTO — and we must be allowed to do so. Moreover, we may have to find our basic accommodations with

fellow citizens at more local levels, and in ways that are more fluid and open-ended — ruled by a shared commitment to baseline civility, for example, which makes interaction possible even against a background of deep cultural and personal differences.

Furthermore, we may as individuals have to force ourselves to slow down, to reflect, and to rededicate ourselves to the now-threatened role of citizen, finding new forms and levels of political expression, new ways of being committed and responsive to our fellow-travellers. We may have to do all of this, and more, if we hope to fashion justice from the complicated materials of contemporary everyday life.

CONCLUSION

There is much more, probably too much more, that needs to be said about the issues I have raised in these pages. These are not ideas that readily translate into specific policy, I know. What I have tried to do here, and what I invite others to do now, is precisely what is now so essential in the service of justice: to reflect.

We need to make time for reflection, to open up spaces both within ourselves and in our social interactions for thoughts about justice that are not driven, in the first instance, by the imperatives of policy-making or problem-solving. That is not to diminish the need for policy, or for solutions more generally; only to suggest that we make better, wiser policies, and achieve more elegant and more beneficial solutions, when we have given ourselves the benefit of thought. Unlike many of the social goods we seek to distribute justly, thought is renewable and relatively inexpensive — at least in material terms!

It is also, however, perpetually scarce. Which means there is always a need for more of it. I have tried, with these brief notes, to make that crucial form of social growth possible in this forum. I hope I have succeeded.

RIDING THE THIRD WAVE — NOTES ON THE FUTURE OF ACCESS TO JUSTICE

Ab Currie

Principal Researcher: Access to Justice
Research and Statistics Division
February, 2000

A fundamental principle of the justice system is that it exists for all citizens and legal residents of Canada. The laws and the justice system exist to enable citizens and legal residents to understand their rights and obligations, to enforce the obligations of others, and to take full advantage of the protection of the law.

The phrase access to justice describes a distinct domain of justice policy. The traditional *problem statement* or *paradigm* of access to justice can be stated as follows: guarantees of rights, benefits, and entitlements and of protections under the law are meaningless if mechanisms are not in place to assure access to the means of assuring those rights and protections. Access to justice and fair treatment under the law must be equally available to everyone in the society.

Access to justice is a matter of fundamental social policy. Having full access to the justice system defines an important aspect of legal citizenship. At the societal level, access to justice implies an important connection between justice policy and the broader public policy issue of social cohesion. Full access to justice for citizens implies that they will have a positive attachment to the justice system, expressed as respect for the rule of law and confidence in the justice system. This represents a form of attachment to the society through the central social institution of the justice system. In theory this will lead to a greater level of social cohesion

The access to justice movement emerged as part of the welfare state in several western European and British Commonwealth countries.[3] The emergence of access to justice as part the welfare state is an important defining feature for the access movement. This was the reliance on the state to assume the responsibility for assuring the protection of legal rights, benefits and entitlements. The collective experience of the economic depression that had effected most countries beginning in 1929, and the hardships of the Second World War, probably explain the preference for policies of substantial state involvement in the provision of access to justice services. This history is important because of recent changes in thinking about the role of the state and the role of the community in addressing justice problems.

Institutions for assuring access to justice for the poor assumed a typical form in Canada and other common law countries. In civil law countries, such as Italy, France, and the Netherlands, the state tended to play a very direct role in institutions for the provision of legal services to the poor. In common law countries, on the other hand, the legal profession tended to

[3]There are antecedents to access to justice programs, providing legal assistance to the poor in certain European cities reaching back through the centuries.

assume the lead role in the organization and provision of access to government-funded justice services to the poor. This is reflected in the extent to which a case advocacy style of legal aid emerged as the main expression of access to justice, dominated by the profession. This is important later as the justice system changes away from a litigious and adversarial model of dealing with justice problems.

In a classic description of the access to justice movement, Cappelletti and Garth[4] identified what they termed three "waves" in the development and evolution of access to justice. The first wave of access to justice, which emerged in the post-war period, was legal aid. The second wave was the representation of "diffuse interests". This includes class actions and public interest litigation, and the emergence of public interest centres. The third wave, according to Cappelletti and Garth, is a more fully developed access to justice approach. The third wave goes beyond case-centered advocacy. It represents a broader panoply of less adversarial and less complex approaches, including changes in forms of procedure, changes in the structure of courts or the creation of new types of courts, the use of paraprofessionals, and changes in the substantive law itself.[5]

When Cappelletti and Garth wrote in 1975, the third wave was just beginning to emerge. The third wave embodied a variety of reforms to the legal system. There was recognition of the need to go beyond legalistic strategies to solve problems.[6] There was also recognition of the need to look at the problems differently. The formal justice system was ill equipped to deal effectively with the complex problems that were being thrown at its door. The legal issue is often only the "tip of the iceberg". In order to achieve effective and durable solutions, the underlying social, cultural, psychological dimensions of the individual's situation must be considered. Integrated and multidisciplinary approaches, involving social, health care and other services, in combination with solutions to legal issues are required.

However, change occurs slowly. Old forms and emerging new forms can coexist for a long time. Twenty-five years after Cappelletti and Garth, we continue to struggle with the problem of reconstructing a more effective justice system. The adversarial and litigious approaches of the traditional justice system remain as important features of the justice system. They are, however, slowly being combined with "holistic" approaches; with restorative justice approaches in criminal justice and with various forms of alternative dispute resolution in civil justice. We are recognizing that multidisciplinary approaches in which the justice system partners with service providers from health care and social services are necessary to develop more effective and durable solutions to justice problems. We are recognizing that affected communities and interest groups are in themselves valuable resources for defining problems and developing effective solutions. There is a powerful case to be made for partnerships between communities, interest groups, health care, educational and social services, and elements of the mainstream justice system in developing approaches to solving justice problems.

The third wave contemplates a much greater range of access to justice approaches than the first and second waves. Access to justice in the first wave can be characterized as lawyer-

[4]M. Cappelletti and B. Garth (eds.), Access to Justice: A World Survey, Vol. I, Milan, 1978.
[5]Ibid., p. 52.
[6]Mark Galantner, "The Duty *Not* to Deliver Legal Services", Miami Law Review, 929, 1976.

centered within a litigious and adversarial justice system. The focus was on criminal and civil legal aid for the most serious problems. It has often been argued that needs for criminal legal aid is given the greater priority in resource allocation.

The vast majority of legal problems encountered by members of the public are civil legal problems. The majority of them would not be considered serious *by the justice system*. Most of the people involved would probably not be able to afford a lawyer to represent them in court in any case. They are what the anthropologist Laura Nader has called the "little injustices". These are important to the people who experience them. They can be persistent and unresolved irritants in their lives. The little injustices are also important on a broader societal level. Respect for the rule of law and confidence in the justice system may be based on people having access to mechanisms to resolve these legal problems. In turn, the presence of these aspects of legal citizenship may translate into greater social cohesion at the broader societal level.

The earlier stages of the third wave emphasized procedural reforms to the justice system. It may be that more recently the "third wave" is breaking in the direction of greater involvement of community groups in providing access to justice services. We are moving away from lawyer centered access to justice, which is primarily case advocacy legal aid. The third wave of the access to justice movement, as conceived by Cappelletti and Garth, contained a clear expression of the idea that legal strategies are not enough to solve the access to justice problems of the poor.[7] This shift appears to broaden the concept of access to justice from providing people with the ability to enforce legal protections and guarantees to resolving the problems that they face, through a combination of legal and non-legal solutions. In turn, this reflects the increased emphasis on multi-disciplinary approaches to access to justice problems in which the justice system develops partnerships with other institutional sectors such as health care and social services. It reflects an increased emphasis on developing partnerships between the justice system and community groups, drawing on the resources of communities and affected groups to better define the nature of justice problems and to develop more durable solutions to them. Access to justice thus becomes an important part of the shift toward a more citizen-centered and community-focussed justice system.

Much to the advantage of the first wave of the access to justice movement, the legal profession has been politically powerful. Legal aid has been well funded by government, with national expenditures growing from about $15 million in the early 1970's to more than $600 million in the mid-1990's. Since about 1993–94, national expenditures on legal aid have declined by more than 30 % as governments have cut back spending on access to justice along with general funding constraints. What does this suggest for the future of access to justice if, indeed, it is developing toward a more community-based model?

There are currently many community organizations providing a variety of access to justice services; PLEI organizations, organizations representing the interests of particular groups (women, immigrants and ethnocultural minorities, youth, for example). The ideology of community-centered approaches to addressing justice problems is gaining some prominence, if not hegemony. In addition, it is true that community-based pilot projects in service delivery are beginning to show concretely that the community-centered approach works. The idea of linkage between traditional legal aid and other providers of

[7]Cappelletti and Garth, footnote 142. P. 51.

justice and other services is taking hold in what may be referred to as a "continuum of service approach". This means choosing from a range of integrated legal and social solutions to justice-related problems, as early as possible in the process, and applying the most appropriate effective solution to the particular problem. There may be a greater degree of integration between traditional access to justice activities, such as legal advice and assistance, and legal representation, and more community-based and citizen-centered approaches.

However, a shift away from the traditional system-based approach to access to justice, toward greater involvement of community associations may not be free of potential problems. From the point of view of users, the problems are that the system of access to justice as it currently exists may be fragmented. There are no easy or well-known entry points. People may not know where to go to begin dealing with a problem. The second problem is one of integration among the variety of services that an individual might need, or they may not be very accessible or widely available.

Community-based access to justice services, that may currently exist or that might be developed, may face some serious difficulties. An environment of financial constraint has become a fixture. The law is becoming increasingly complex. Canadian society is becoming increasingly complex and socially diverse. Clients have more problems and more complex problems. In this environment of increasing complexity of problems, and fiscal constraint, both existing access to justice organizations and new ones could be straining under the load.

Subsequent waves of the access to justice movement have added to, but have not replaced, earlier developments. Legal aid remains a cornerstone of access to justice. Changes in the justice system, of which legal aid is an integral part, are inviting legal aid to reassess what role it will play in a justice system that is less adversarial and litigious, and more holistic.

Law reform and procedural measures to make dispute resolution processes less complex remain important. There is evidence that people tend to reject formal trial procedures in favour of more informal dispute resolution processes where they have "a chance to be listened to, but in a much less formal setting".[8]

As the third wave of the access to justice movement rolls onward, two new aspects may be emerging. One may be an increasing reliance on community-based access to justice services. A second may be an increasing emphasis on holistic solutions to justice problems, in addition to the traditional protection of rights orientation of access to justice. The community-based aspect contributes the considerable resources resident in communities to addressing access to justice issues. In addition, community-based access to justice implies equipping individuals to play a more active role in constructing solutions to their justice problems. The holistic, solution-oriented element adds an interesting new dimension to the traditional concept of access to justice, the protection of rights. How these new aspects integrate with the existing access to justice framework presents a series of challenging questions.

[8]Seeking Civil Justice, national Consumer Council, London, 1995. P. 11.

SOME ASPECTS OF ACCESS TO JUSTICE IN CANADA

Ab Currie

Principal Researcher: Access to Justice
Research and Statistics Division
February, 2000

"The meaning of access to justice can reflect a wide range of different values and objectives in relation to a great diversity of issues and activities."[9] It would thus be a task of some considerable scholarship and sheer effort to describe the state of access to justice in Canada. It is considerably easier to identify some of the main features of access to justice as these currently exist. This may be useful for people with little familiarity with the concept of access to justice, and the history and development of the access to justice movement. The paper describes the main elements of access to justice as that term is usually discussed. It will hopefully provide a "jumping off" point in a discussion of what access to justice might be.

LEGAL AID

By far the largest segment of the "cognitive map" of access to justice is the legal aid system in Canada. Each province and territory administers a legal aid plan that provides legal defence in criminal matters for people who meet eligibility guidelines. These place them among the very poor and those who require a lawyer to assure a fair trial in matters where there is a risk of imprisonment. As well, and in varying degrees, legal aid plans provide legal representation in civil matters, including family, social welfare law, and refugee and immigration proceedings. Again financial eligibility guidelines limit the service to the very poor, and coverage provisions limit the legal matters for which service is available. The range of coverage varies considerably from one jurisdiction to the next.

Legal aid grew out of a pro bono system that prevailed in most provinces up to the mid-1960's. As an expression of professional responsibility, lawyers would take on a few cases per year at no charge for indigent people. Organized legal aid began in some provinces in the mid-1960's. By the early 1970's there were legal aid plans in every province and territory, and a federal program for sharing the cost of criminal legal aid with provinces and territories was in place. In the early 1970's federal funding became available for civil legal aid under the Canada Assistance Plan (now an element of the Canada Health and Social Transfer Agreement).

Legal aid is by far the largest of the access to justice programs in Canada. Total national expenditures on legal aid grew from about $13 million in the early 1970's to just under $650 million in 1994–95. Total expenditures have declined to about $455 million in 1997–98. Total applications for legal aid peaked at 1,128,000 in 1993–94, falling to 802,000 applications in 1997–98.

[9]Mary Jane Mossman, "Access to Justice: A Review of Canadian Legal Academic Scholarship", *Access to Civil Justice*, Alan Hutchinson (ed.), Carswell, 1990. P.55.

PUBLIC LEGAL EDUCATION AND INFORMATION (PLEI)

PLEI programs also began in some parts of the country in the late 1960's, mainly in student law clinics and consumer advocacy groups. PLEI is **not** legal advice. PLEI is information about the law and about how the justice system works, designed for lay persons. It can be reactive and problem-oriented or it can be educational and focussed on the democratic principles and values of the justice system. PLEI can be provided by means of several types of media (print, video, Internet), and by means of a variety of delivery mechanisms (intermediaries, school programs or telephone law lines). Ideally, PLEI has an "empowerment" dimension. It attempts to equip people to play at least some positive role in the recognition and solutions to their problems, or to participate positively in public debate and discussion about law reform and other justice issues.

The PLEI landscape is considerably more varied than is the case for legal aid. There are many organizations that provide legal information; multicultural service organizations, victim's organizations, consumer groups, environmental groups, gender equality groups, and disability associations provide only a few examples. Some legal aid organizations have a substantial PLEI component, such as the Legal Services Society of British Columbia and the civil legal aid clinic system of Legal Aid Ontario. These organizations serve different constituencies and are funded in a variety of ways. There are 12 core PLEI organizations, one in each province. This national network was developed between 1984 and 1987 under a Department of Justice initiative. Some organizations were created in jurisdictions where none previously existed. In some jurisdictions, existing PLEI organizations were designated as part of the core PLEI network. This assures that there is at least one PLEI organization in each jurisdiction that is a central and sole-purpose PLEI agency.

Data on total national expenditures for PLEI representing all PLEI activities are not available. In 1996–97 the total expenditures by the 12 core PLEI organizations totaled about $7.5 million. This is less than one per cent of the total expenditures by the 12 legal aid plans.

COURT WORKERS

The third access to justice program that is national in scope is the Native Court Worker Program. The main objectives of the Native Court Worker Program are directed toward both Aboriginal accused persons and the justice system. With respect to individuals, the objectives are to inform Aboriginal people accused of crimes about the justice process that they are involved with, to assist Aboriginal people in seeking legal aid and other services. With respect to the justice system, the objective is to acquaint the actors in the justice system about the cultural and socioeconomic circumstances of Aboriginal people that require sensitivity in the treatment of Native people. Native court worker services are delivered by some twenty, mainly Native, organizations that serve as "carrier" agencies. The cost of the Native Court Worker program is shared by the federal, provincial and territorial governments. Total expenditures are about $11million nationally.

There are other organizations that provide court worker services for accused persons generally. The Salvation Army, the Elizabeth Fry Society, and John Howard Society all provide at least some court worker services in some places.

These are the three main "programmatic responses" to access to justice in Canada. Legal aid occupies about 99 per cent of the terrain that has been mapped out so far. Legal aid is the most system-focussed of the three. It is, of course, lawyer dominated. It is strongly focussed

on in-court representation for what are considered the most serious legal matters. Legal aid is most strongly focussed on access to the justice *system*. More precisely it is access to legal representation within the justice system. The two smaller programs have a more substantive orientation toward access to justice.

COURT REFORM

A major thrust in the access to justice movement has revolved around increasing efficiency of the courts. It is widely and often recognized that the complexity of the system itself is a major barrier to access to the justice system. In this notion of access to justice, policy makers strive to increase accessibility by increasing efficiency of court processes and simplifying court procedures. This approach to access to justice also includes administrative reforms relating to such issues as hours of operation, location, and structure (e.g. unified courts). The Zuber Report in Ontario provides an illustration of this aspect of the access to justice terrain.[10] It might be said that these types of reforms are aimed primarily at improving accessibility for existing litigants. Bringing access to justice for more people may require additional measures.

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Alternative dispute resolution, or ADR, is an attempt to find more effective dispute resolution mechanisms than litigation in court. ADR encompasses a wide variety of methods. Pre-trial conferences, court-ordered arbitration, "rent-a-judge" firms, small claims courts, divorce mediation, and neighbourhood or community justice councils are among the familiar examples.

PRE-PAID LEGAL INSURANCE

The cost of legal services is often said to be prohibitive, for all but the wealthy. Pre-paid legal insurance is one way to provide access to legal services for middle income earners. While legal insurance schemes are common in Europe, they are quite rare in Canada. At least one labour union, the Canadian Auto Workers Local in Windsor operates a not-for-profit legal insurance plan. A few private insurance companies are attempting to market for-profit pre-paid legal insurance plans. At least two Canadian banks make available legal insurance plans. For a monthly fee, legal insurance plans offer telephone advice, follow-up letters, and coverage for specified legal matters such as divorce proceedings, wills, real estate transactions, adoptions, and powers of attorney.

PUBLIC INTEREST ADVOCACY

Since the 1960's there have been organizations dedicated to using legal means to address social, consumer, and environmental problems systemically rather than on an individual case advocacy basis. This is public interest advocacy. There are a number of public interest organizations in Canada, such as the Canadian Environmental Law Association or the Legal Actions and Education Fund. Several legal aid organizations will take on public interest cases under some circumstances. Legal Aid Manitoba has a Public Interest Department.

PRO BONO SERVICES

Pro bono services were the antecedents of the modern legal aid system. A considerable amount of pro bono service is still provided. Some law

[10]Zuber, Report of the Ontario Courts Inquiry, 1987.

societies and bar associations actively encourage their members to provide free legal services. The Law Society of Upper Canada surveys the pro bono activities of its members. According to the 1998 survey, 24 % of Ontario lawyers reported that they provided some pro bono service. The average was 83 hours of free service per year. The Law Society of Upper Canada, in partnership with the Canadian Bar Association — Ontario and the United Way, provides free legal service to charitable organizations. A similar scheme operates in Alberta. The Manitoba Bar Association operates a pro bono public interest law project to conduct test case litigation. Some pro bono services are targeted at special needs groups. The Alberta Branch of the Canadian Bar Association operates a pro bono advice service for battered women. The Law Society of Saskatchewan operates a pro bono legal service for persons aged sixty-five and over who qualify for provincial income support. Student law school clinics provide pro bono services. Private law firms also provide some pro bono services.

All of these activities provide access to the justice system. There appears to be a considerable amount of pro bono activity in Canada. It is difficult to construct a systematic picture of the nature and volume of pro bono legal services. However, they are a part of the access to justice schema.

CONCLUDING REMARKS

This is a brief and incomplete map of the access to justice terrain. In some respects, the map is incomplete because the landscape itself is incomplete. For the most part, what has been described here represents access to the justice *system*, with some exceptions with regard to PLEI and Native court worker services. Legal aid, pro bono services, and ADR provide access to the system. Public interest advocacy attempts to use the legal system to remedy systemic problems.

The concept of justice can be extended into the realm of substantive justice. According to Mossman, this is reflected in the opportunity presented by the Charter for litigation as a vehicle for social change.[11] This may apply to all minorities: women, the disabled, visible minorities, homosexuals, and the economically disadvantaged generally. Again, this approach uses the legal system to address substantive problems.

Thinking about access to justice might extend even a little farther. Our conventional concept of justice and how to achieve it is a reflection of the traditional justice system. We may not know as much as we think about the way in which people define legal or justice-related problems, the notions of justice that are held by minority groups or by many ordinary people in the society, and about their preferred approaches to achieving justice. Some scholars have long cautioned us that the *justice system* does not necessarily deliver *justice*.[12] More recent empirical studies point to the fact that people tend to favour more informal forms of dispute resolution because the lack of procedural complexity allows them to "be listened to", and to play a meaningful role in the process.[13]

These thoughts wander even further into the *terra incognita* on the boarders of access to justice. Reflecting the superstitions and fears of the times, map makers in the early part of the last millennium would sometimes inscribe at the edge of their known world — "there be dragons here". There is, at least a great deal to be discovered.

[11]Mossman, p.67–68.

[12]Mark Galantner, "The Duty *Not* to Deliver Legal Services", Miami Law Review, 929, 1976 and Mark Galantner, "Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", Law and Society Review, 95, 1974.

[13]Seeking Civil Justice, National Consumer Council, London, 1995.

Justice is a Noun, But Access isn't a Verb

Roderick A. Macdonald

President,
Law Commission of Canada

Unrevised Speaking Notes

Speaking notes for the Symposium Expanding Horizons: Rethinking Access to Justice in Canada sponsored by the Department of Justice of Canada, and held at the Delta Hotel, Ottawa, on March 31, 2000.

Introduction: Justice is a Noun But Access isn't a Verb

It is, of course, difficult to say much in seven minutes. Especially for a professor who is accustomed to talking in 50 minutes sound-bytes. Nonetheless I shall try. I am honoured to be joined on this panel by Judge Mary-Ellen Turpel-Lafond and Jacques Dufresne. Judge Turpel-Lafond personifies an extraordinary combination of thoughtful, articulate scholar and committed, compassionate judge. We are fortunate to have people like her serving on our courts. Jacques Dufresne, whom I have known for ten years, is a remarkable man. Philosopher, professor, social critic, controversial, he has shed light in the darkness and shed light onto what our society can do to be more humane, compassionate and just.

The key trends identified in the background documentation are those I know well — all the way from my experience as Director of the Community Law Programme at the University of Windsor in 1975, through work with the Law in Society Programme of the Canadian Institute for Advanced Research in the mid 1980s, through chairing the *Groupe d'étude sur l'accessibilité à la justice* in Quebec from 1989–1991, through my empirical study of the small claims court process in Montreal in the mid-1990s, to my present role as President of the Law Commission of Canada.

What follows is an attempt to distil five short messages — one drawn from each of these experiences. After 25 years of toiling in the fields of community legal education and access to civil justice, I have one central message. It is this. I once believed that more official top-down law was the only road to more justice. Now I no longer see the challenge in purely instrumental terms. Rather our challenge is much greater. It is to rethink our attitudes and our expectations about who owns law, about what it can realistically accomplish, and about how it can most effectively be deployed to promote a more just society.

1. Information is Power — Sometimes

Public legal education can be a double-edged sword. Far from enhancing access to justice, it often winds up enhancing dependency on lawyers, courts and the formal system. Far from educating the system about the legal needs of the public, legal information programmes typically co-opt the public into thinking that they needed the system.

SO THE CHALLENGE IS: HOW CAN WE PROVIDE INFORMATION AND RESOURCES FOR CITIZENS SO THAT THEY CAN MAKE THE OFFICIAL SYSTEM MORE SENSITIVE AND RESPONSIVE TO THEIR UNDERSTANDINGS OF THE REQUIREMENTS OF A JUST LEGAL ORDER?

II. "LAW IN SOCIETY" IS NOT THE SAME AS "LAW AND SOCIETY"

"Law" and "society" are not two different things. Law arises in social interaction. The policy objective cannot be to make the recalcitrant facts of social life conform to the neat patterns of official legal regulation. The exclusion of so many people from the presumed benefits of the legal system flows directly from the inability or refusal of official law enacted by legislatures and administered by courts and tribunals to make space for the living law of everyday human interaction.

SO THE CHALLENGE IS: HOW DO WE GENERATE AN OFFICIAL LAW GROUNDED IN HUMAN INTERACTION AND IN THE ONGOING NEGOTIATION OF THE CONDITIONS AND FORMS OF JUSTICE BETWEEN CITIZENS AND COURTS AND PARLIAMENT?

III. "ACCESS TO COURTS" IS NOT THE SAME AS "ACCESS TO JUSTICE"

Making dispute-resolution institutions more objectively accessible will not overcome the main failings of official law simply because official law is, in myriad ways, the cause of these failings. This is not to argue for privatizing civil disputing. Civil disputes do not have ready labels and characteristics that permit them to be streamed into different A.D.R. processes. Like music, art, poetry, ballet, the movies and dance, the role of law is to take the unarticulated hurts and frustrations of life and give them form whereby they may be framed, argued about and channelled into productive exercises of moral growth for those in conflict. Institutions of official justice meant just to resolve conflict in adversarial and non-restorative contexts have a limited capacity to do so.

SO THE CHALLENGE IS: HOW DO WE RECONCEIVE HUMAN CONFLICT IN A MANNER THAT PERMITS OFFICIAL INSTITUTIONS TO REPLICATE THE WISDOM OF UNOFFICIAL SOCIAL SYMBOLISMS, AND UNOFFICIAL SOCIAL SYMBOLISMS TO REPLICATE THE DEMOCRATIC AND SOCIAL EGALITARIAN VALUES WE ASCRIBE TO OUR OFFICIAL PROCESSES?

IV. DIVERSITY AND DISENFRANCHISEMENT

Even in institutions and processes designed specifically to enhance access to justice such as small claims courts, the paradigmatic plaintiff is just like me — white, male, non-immigrant, English or French speaking, professional, well-educated, between 35 and 55. Identity and diversity have shown themselves to be enormously complex concepts. Yet the one abiding social differentiator, transcending all other inequalities, is social class. The economic roots of inequality cannot be eradicated simply by enhanced recourse to official dispute-resolution institutions. The standard professional image of law no longer resonates with the Canadian public. The failure of official law to recognize and legitimate diversity argues for recovering pluralism as a means to contest official law. Access to justice means empowering a diverse citizenry to make, decide and enforce their own law in the multiple sites where they actually find normative commitment.

SO THE CHALLENGE IS: HOW DO WE CREATE A SYSTEM THAT ACTUALLY KEEPS QUESTIONS OF IDENTITY AND DIVERSITY ALIVE IN ITS RULES, PROCESSES, AND PERSONNEL?

V. JUSTICE RESIDES IN HUMAN ASPIRATION

Law is at once a dynamic and a fragile human accomplishment. It mirrors and partly moulds the moral character of a society. Law is as much the affair of all Canadians, as it is the business of legislatures, courts and lawyers. Citizens know that, however much legislatures, lawyers and courts claim a monopoly on law, it is the unofficial law of their day-to-day lives that underlies a just and respectful society. Canadians renew the law by living the law, often managing to redress the injustices of an official law that Parliament is unable or unwilling to change.

SO THE CHALLENGE IS: HOW DO WE PROVIDE OPPORTUNITIES FOR CITIZENS TO PARTICIPATE MORE FULLY IN LEGISLATIVE AND ADMINISTRATIVE PROCESSES BY WHICH LAW IS MADE?

CONCLUSION: THERE ARE NO SLOGANS

It is always tempting to want to boil down social complexity into slogans — like efficiency, wealth maximization, and even "access to justice". But we must resist the reductionism of slogans.

Talk of "access to justice" twice displaces what should be our objective. We come to focus on "access" to justice rather than on "justice" itself; and while we proclaim "access to justice" as a goal, what we really mean is "access to law". The most significant concerns about justice felt by Canadians have little to do with narrowly cast legal rights; they have to do, rather with recognition and respect. And the most significant barriers to access can only be overcome through a re-orientation in the way we think about conflicts, rights, adjudication and all-or-nothing judicial remedies; disparities in social power, and not procedural glitches in the processes of civil litigation, are the root of injustice.

Most contemporary proposals to enhance access to justice are simply the reaction of an official system that fears losing its capacity to control, to the various other social institutions and practices of civil society where people negotiate and live their own law. The obsessive quest for official legal solutions means that we are now less inclined, and less able, to imagine creative responses to disparities in power, and the challenges of building a just society grounded in deep human affect.

FROM THE RULE OF LAW TO PHILIA

Reflections by Jacques Dufresne in connection with the Access to Justice Symposium, organized by the Department of Justice Canada, March 2000.

As it is generally posed in public forums, the question of access to justice is a veiled commendation of the legal establishment. Why do persons subject to trial complain that they have no access to the legal establishment, and why do we want to help them, if not because we consider them to have been deprived of a valuable possession. What, exactly, is this possession, and is it as valuable as people are led to believe?

You may have noticed that I have replaced the word "justice" by "legal establishment", which covers courts, laws, rules of law, and the legal professions. When we use the word "justice" with this broad meaning, we sow confusion in peoples' minds and mislead them about the concept of justice. The legal establishment represents one way, and certainly an important one, of obtaining access to justice, but it is only one among many. The Church, the State, and society itself are also capable of playing this role.

Although citizens may not have access to the legal establishment, it, on the other hand, has access to them; it has various extensions — we are tempted to say tentacles — allowing it to infiltrate a variety of activities. It is now present in the most significant and the most intimate activities of our lives: reproduction and death. Birth certificates and wills have been around for a long time, but legal and medical experts have never before played a role more important than that of the father, in terms of artificial reproduction, and that of the family as a whole, in terms of dying in hospital. We have all noticed that, increasingly, children know their rights even before they can read or write, and that, for fear of prosecution, professors keep their office doors open. This is all evidence of the invasive nature of the legal establishment. In this matter, I would refer you to my own work (see "Justice et Droit" from "L'Encyclopédie de L'Agora", available on the Internet.)

I will provide one anecdote to remind you of the American origin of this scourge, which has now invaded Canada and will soon become a global phenomenon. Last summer, a nephew of mine was vacationing at a New Hampshire beach with his wife and their two children. While he was helping his six-year-old son build a sandcastle, an American boy of the same age suddenly appeared. Aggressive, and knowing his rights, this *frontier child* threatened to destroy the masterpiece. The father, raising his voice, made it clear that such an action would have consequences. This was to no avail; one swift kick and the sandcastle was destroyed. The father then approached the young vandal and, without manhandling him in any way, simply held him by the wrist, convinced that when the child's parents arrived, they would side with my nephew. In fact, the mother did arrive, but she was furious with this stranger who had dared to touch her child, an act formally prohibited under New Hampshire law. There followed an incredible police story. The security guard on the beach decided that he was out of his depth, and called in a proper police officer from the next town. After two hours of difficult negotiations, my nephew narrowly escaped an expensive court case, but was forced to apologize to the child. Is it any wonder that, with such laws and in such a climate, the courts are congested?

Apparently, therefore, the legal establishment itself is, to an extent that remains for us to determine, responsible for the demand for legal services. The criticism of such a process, whereby the institution itself creates the demand that it then proceeds to satisfy, has been well established in the case of medicine. I am referring here to *Medical Nemesis* by Ivan Illich, and also to the earlier works of Schipkowensky on iatrogenic illnesses. In the French-speaking world, such criticism has been a part of our great cultural tradition, and indeed of popular culture, since Molière. *Knock ou le triomphe de la médecine* by Jules Romains had a 20-year run on the Paris stage in the early 20th century. In that play, a village doctor and a pharmacist, representing the medical establishment, plot together to create a large, faithful clientele for themselves. The healthy man, they proclaim, is a sick man who does not know himself.

Of course, lawyers are also castigated by dramatists, especially in *La Tête des autres* by Marcel Aymé. Yet, although I cannot formally prove my thesis, I believe that I can say that the legal establishment has been analysed to a much lesser extent, in terms of our particular subject of interest, than the medical establishment. As a result, we are less familiar with *nomikogenic* grievances than with iatrogenic illnesses. If the healthy man is a sick man who does not know himself, in our society, which has become as prone to go to court as it is to go to the doctor, the honest citizen is a criminal who does not know himself. Recently in Quebec, the reputation of a professor was forever tarnished by accusations of sexual assault made by a girl and her mother. The court exonerated the professor, a man who had held the respect of all his students for 35 years, but in vain. His reputation had been irreparably damaged.

You may object that charters of rights, as a way of artificially creating grievances, have been the subject of innumerable studies and commentaries. I would answer that the legal establishment is most often behind these criticisms, with the result that we forget that charters of rights have appeared within the context of a logic introduced by that same establishment.

The accusation that I am oversimplifying matters would be justified, if I claimed that the demand for legal services could be explained solely by the power exerted by the legal establishment. As we see for ourselves every day, this is a complex phenomenon in which the media, the public and parliaments often plan a decisive role. Out of two billion people, eight children die in a school bus accident, which is practically inevitable at some time, given the number of vehicles on the road. With the complicity of the general public, the media turn this brief news item into a tragedy that could very well result in legislation forcing school bus manufacturers to turn the seats around so that they face backward.

This is how the law- and regulation-making machinery works, leading to the oft-quoted remark by the French legal scholar, Jean Carbonnier:

> We scarcely see the evil before we demand a remedy; and the law is, *prima facie*, the instantaneous remedy. If a scandal erupts, an accident occurs, or a problem is discovered, the fault lies in shortcomings in the legislation. Just pass another law. And that is what we do. A government would have to be very brave to refuse to give public opinion this satisfaction on paper. [TR]

A few years ago, during the public debate on the bill to restrict the sale of cheese made from raw milk, I interviewed an expert on the origin of the onerous laws already existing in that sector. He explained that a number of them

had been passed in haste as a result of a news item similar to the Nicolet accident, and that they were still in force owing to inertia, even though no one could see their need any more.

I therefore maintain my diagnosis from 1987: the rule of law is rapidly spreading, like cancerous cells, simultaneously invading the spheres of spontaneous sociability and morality. Some will instead say, and the distinction here is more than one of simple shades of meaning, that the rule of law fills a void left, on the one hand, by the displacement of standards of behaviour and, on the other, by the breakdown of morality. Indeed, on the one hand, public justice no longer exists as a prevention tool and, on the other, the coherence and effectiveness of the morality that could control these excesses have now largely been lost.

I could cite a number of authors in support of my diagnosis, including Jacques Grand'Maison, Guy Rocher and George Grant.

My primary purpose today, however, is not to diagnose but to remedy the situation. In my opinion, it was necessary to discuss the diagnosis, in order to make it clear that attempting to facilitate access to the legal establishment, while providing additional opportunities for litigation, is like pouring water into a bottomless barrel.

We must first attack the causes of the problem. Although, as we have just noted, the legal establishment is not the only cause of the proliferation of litigation, this does not mean that its responsibility for the problem is diminished. The legal establishment should speak out whenever a parliament prepares to pass a law for demagogic reasons. Furthermore, it should not come to this, as the legal establishment is over-represented in most governments. On the whole, there is a feeling that, owing to a kind of corporate instinct, lawyers in government do nothing that could weaken the power of the legal establishment, to which they hope to return. An eyewitness told me that when the Canadian Charter was passed, the Charter's sponsor, a government minister who was also a lawyer, informed his fellow members of the Bar of the manna from heaven that awaited them. While this was obviously a joke, you must admit that, as jokes go, it would have been more reassuring if the sponsor in question had asked his fellow lawyers to resist opportunities to enrich themselves at the expense of the social fabric.

For it is the social fabric that is at issue here. In order to deal with our fellow men in a trial situation, we must first become embittered and hardened. Before considering how to facilitate access to the legal establishment, we must find some way of removing the greatest possible number of opportunities for litigation from society itself.

To bring some organization to my ideas concerning this issue, I have designed a table, called the pyramid of justice.

THE PYRAMID OF JUSTICE

PRINCIPLE OF LEAST RECOURSE

This table, in which self-regulation is of primary importance, suggests that we should apply to the law a principle similar to that of subsidiarity, which urges us to take decisions to the lowest level compatible with the nature of the issue. In justice, we should respect the principle of least recourse, similar to Hippocrates' basic principle: first, do not cause harm, *primum non nocere*, do not prevent nature from curing itself.

On the subject of what is referred to here as self-regulation or spontaneous justice, note first that, although such a goal appears unachievable in wealthy societies, this does not mean that it is a sign of barbarism. A claim may well be made that spontaneous justice is a sign of the highest form of civilization, and that institutionalized justice is instead the sign of a civilization so preoccupied by production and consumption of goods that its citizens have no time to devote to the single essential aspect of city life: social harmony.

This was the proposition put by the Mexican writer Gustavo Esteva at the symposium entitled "Le droit en question", organized in 1990 by L'Agora in co-operation with the "Chambre des notaires du Québec". To illustrate his point, Mr. Esteva described an incident from the working-class district of Tepito, in Mexico City. A number of foreign female parliamentarians who were visiting the district learned that a serious crime had just been committed: an adult male had raped a young girl. There was an outcry from the distinguished female visitors calling for him to be punished and made an example of by the courts. But there are no courts in Tepito. The punishment is spontaneous. In cafes and public meetings, the offender was shunned. Everyone kept his distance. However, no one saw any point in expelling him from the community to be put in prison and treated as a psychiatric case. Apart from his passion for young girls, he was an outstanding citizen. On work crews, he was always the most efficient member. Some time passed. A young girl consented to marry him. Under these conditions, the victim and her mother agreed to make their peace with him.

No discussion of spontaneous justice would be complete without referring to the Amerindian justice system. "To maintain social order, wrote Robert Vachon and N'Tsukw, the aboriginal process involves neither legislation, nor a judge's decision, nor coercion, nor physical punishment, but custom and group persuasion. The judicial process itself is designed more in terms of re-establishing the natural order than of eventually punishing the offender. This is not a formalized judgment involving a court, an actual judgment and a conviction, but an informal judgment by public opinion." [TR]

Obviously, it is impossible to artificially recreate a social fabric that would make such self-regulation possible in a wealthy society. This, however, does not justify the prohibition of self-regulation, where standards of behaviour make it still possible. Most important, this does not detract in any way from the credit of those who, understanding the dangers of institution-alization, take upon themselves the job of watching over both the roots of traditional sociability and its new growth.

Through the intelligent use of background information on attitudes, as well as fine-tuned social intervention, we can successfully identify healthy forms of sociability and create the conditions for sensible intervention, in order to either prevent litigation or encourage its resolution more quickly, humanely and fairly.

The general public and judges could also be provided with principles likely to encourage an interpretation of the law favourable to community

life. For example, the principle of hospitality could be introduced. Another of my recent experiences revealed the need for such a principle. We made the acquaintance of a French teenager on a work term in our region. She dreamed of spending a few days in Montreal but did not have the money to pay for a hotel room. We appealed to the hospitality of relatives and acquaintances on her behalf. They all refused, in most cases for fear of legal proceedings if there was an accident. When we see minors suing their own parents, we can certainly expect the worst in the case of a foreigner. Imagine the obstacles that arise when the person in question is disabled. The principle of hospitality that I have in mind would be such that any person who offered hospitality in good faith could only be held liable for an accident occurring in his home in extreme cases of wilful negligence. This would dissuade many a crank from commencing legal proceedings.

A few years ago, in downtown Cambridge, Massachusetts, just a stone's throw from Harvard, a park was closed to children, because liability insurance was too expensive. Shouldn't the principle of civic-mindedness apply in such cases?

A friend of mine told me that a young secretary had stolen nearly $15,000 from his business. He had proof, so that the young woman was liable to a year in prison. But she was from the neighbourhood, he had watched her grow up and knew her family well. He found a neighbourly solution. In the presence of two neighbours sworn to secrecy, the young woman admitted her theft in part. Pleased with the turn of events, her boss then agreed that she could repay that part of the theft, without interest and over a lengthy period of time, so that she could fulfil her commitments without having to steal again. My friend was well aware that an unscrupulous lawyer might have accused him of intimidating the woman in order to deny her access to justice. But the procedure was satisfactory to everyone. My friend avoided substantial legal expenses and an enormous waste of time; the young woman avoided the scandal of a criminal proceeding. Note that she scrupulously fulfilled her commitment for five years. In this type of case, the neighbourly principle should be applied.

Plato conceived of a similar solution for divorce cases. He provided for a jury that would also offer marriage counselling, with a decidedly interventionist cast. It would consist of ten men and ten women, primarily to perform the following function: if the adjudicators were able to reconcile the couple, they would be formally reconciled; "but if their souls are too much tossed with passion, they (the adjudicators) shall endeavour to find other partners "[14]. I need not remind you that Plato did not like lawyers very much. As he said, they belonged, along with sophists, in the category of those who used their power of speech to win a particular cause, whether just or unjust, in exchange for gifts. The legal profession, he concluded, should be prohibited: "Now in our state, this so-called art, whether really an art or only an experience and practice destitute of any art, ought, if possible, never to come into existence, or if existing among us... go away into another land"[15].

PREVENTIVE LAW

As we can well imagine, the border line between self-regulation and preventive law is somewhat blurred. Montreal's centre for preventive law was created as a result of our symposium entitled *Le droit en question*, under the auspices of the

[14]Plato, *Laws*, 930a.

[15]Plato, *Op. cit.*, Book IX, 936a.

"Chambre des notaires du Québec". The centre is responsible, *inter alia*, for providing a free legal information service. This is a step in the right direction. We should note in passing that the notary, member of a profession unknown in British North America, is a preventive law officer. We invited Marc Galantier, an American specialist in preventive law, to attend our symposium. He left having been convinced that the profession of notary would be very useful in the United States. A proper contract in the presence of a notary who has done his job properly considerably reduces the risk of litigation. But rather than strengthening this venerable profession in the only region of North America where it still exists, we appear to be trying to replace it by the profession of lawyer, which is gradually ceasing to be a liberal arts profession. The typical lawyer is now either a businessman or a legal technician.

Unfortunately, the centre for preventive law has refused to apply, even on an experimental basis, an idea that I borrowed from an obscure member of Parliament from the late 19th century. He had achieved passage of a "conciliation" law, allowing leading citizens in remote regions to act as judges. You may recall that, at the time, two farmers from the Gaspé region who were involved in a dispute over a fence had to go to Kamouraska to have their case heard.

The Chicoyne Act resolved the problem of access to justice caused by geographic remoteness. Today the remoteness is financial or cultural. To reduce this remoteness, perhaps we should consider simpler, less professional, and more efficient measures than, for example, mediation in separation cases. For this purpose, I proposed that the centre for preventive law provide basic legal training to a few volunteers among the leading citizens of the village or community, who would then be authorized to provide basic legal services within their community. In the past, I was interested in alternative medicines. In my opinion, there was also a place for *alternative forms of justice*, which had already spontaneously begun to appear. I was told at the time that, in Ontario in particular, a number of retired policemen were practising alternative forms of justice.

Preventive law could also play a role in the administrative sector. A few years ago, I was invited to speak at a conference of the Appeal Board of the CSST (workplace health and safety commission [TR]). I knew that an alarming number of files were pending and I could not recommend increasing the number of board members to resolve the problem, before examining the situation carefully. I was given no explanation of any of the various documents made available to me. Everything became clear, however, when a senior staff member, more forthright than most, explained that the initial interview with workers injured on the job was conducted by staff who had received no special training but were asked to help the applicant complete an anonymous form. In other words, the workers came up against a brick wall when they arrived at the CSST. This was the source of the workers' sense of unfairness. The best-trained employees within the organization, for the most part doctors and lawyers, were clustered at the top of the hierarchy. From this, a cynical observer would have concluded that the institution had been organized so that the maximum possible number of disputes rose to the top to occupy the greatest possible number of senior staff. My informant was convinced that a little more hospitality, flexibility and judgment at the reception level would have eliminated most of the complaints, even before they materialized.

Before attempting to prevent disputes, as in the case of the CSST, we must consider whether it is possible to create or re-create alternative solutions.

ALTERNATIVES

As you may have noted, I distinguish between preventive law and what are referred to as alternatives. I include in the latter mediation, arbitration and what is generally referred to in the United States as informal justice. On this point, I will simply cite the conclusions of an American expert in the matter.

After pointing out all its contradictions, Richard Abel praises informal justice: "[...] it expresses values that arouse deserved support: harmony rather than conflict; mechanisms accessible to the many, rather than privileges offered to the few. It operates swiftly and inexpensively; it allows all citizens to participate in decision-making, rather than restricting authority to professionals; it is convivial rather than esoteric; its purpose is to restore all the authenticity of justice to those who would otherwise have to make do with purely formal justice." [TR]

THE COURT

The court and its judges sit at the top of the pyramid of justice. Concerning the judges, we are merely the latest of many to recommend the greatest possible reduction of the importance of political criteria in the appointment process.

Perhaps we should also ask that judges, as they become increasingly competent, be given increasing time to devote to exemplary cases. Then their judgments could form the base of the system and become a source of inspiration for preventive law specialists.

Only in this way can we hope to reverse the current trend, in which the court is perceived as the base of the pyramid, when it should be the apex.

In order to make our courts more accessible, both psychologically and morally, we might draw a few lessons from the Athenian example. Access to justice was not a problem for citizens when they themselves were at the heart of the legal establishment, since they acted as their own lawyers and occasionally had to serve as judges. I recommend that all you distinguished legal scholars, who have listened to me so patiently, read Aristophanes' play *Wasps* very carefully. If a genuine effort were made to make things easier for citizens who wished to conduct their own defence, the problem of education might be solved at the same time. Indeed, Athenians learned to read, write and speak in public, in part because they needed all those skills to enjoy all the advantages of citizenship.

LOCKE OR ARISTOTLE?

My proposed changes could only be achieved in an appropriate philosophical climate. Can this climate be the liberalism referred to by Mr. Kingwell at the start of his discussion paper? When I wrote *Le Procès du Droit* [the law on trial — TR], I was not sure. After reading *English-speaking Justice* by George Grant, I am now convinced not only that the remedy is not to be found in liberalism, but also that the ideas of Hobbes and Locke, made worse by John Rawls, are the distant but omnipresent cause of the social evils behind the inflation in demand for legal services.

A good society is based on order, justice and a friendship peculiar to communities, referred to by Aristotle as *philia*.

When justice, in the form of the legal establishment, takes up too much space and philia too little, the situation becomes unhealthy and conducive to litigation. What can we do to restore to philia its lost importance?

In order to answer the question, we must begin by making a perilous detour through philosophy.

First, we must be prepared to trust in human nature, which, according to Aristotle, is fundamentally good. For most of us, this implies asking difficult questions about the modern ideas by which we have been shaped. According to Aristotle, man is a *zoon politikon*, literally, an animal who dwells in the city, a sociable animal, which leads to the following interpretation: if no impediment is placed to the expression of his nature, he will spontaneously show philia toward his fellow men.

This concept of man served as a basis for a concept of justice that was central to western tradition for over a thousand years. With this concept, which led directly to Roman law, the idea of justice was subordinate to the idea of good, and human nature was subordinate to God.

But, just as there was a Copernican revolution in cosmology and philosophy, so too was there one in law, introduced by two British philosophers: Hobbes and Locke. Doubtless, too many crimes had been committed in the name of divine justice. A more down-to-earth approach appeared more prudent. As a result, since Hobbes' time, we have believed that brother will turn on brother and, from Locke through to John Rawls, that justice revolves no longer around God, but around the interests of the individual, who is primarily concerned with his survival, i.e., his security. In *English-speaking Justice*, George Grant clearly demonstrates that, for both Rawls and Locke, justice is "fairness in the self-interest".

How should we translate the word *fairness* into French? Since it relates to respect for the terms of a social contract, which are comparable to the rules of a game, we can use the French word *honnêteté*. The good player is one who does not cheat, who is fair. But his fairness is in defence of his self-interest! This is John Rawls' definition and, although he appears as a successor to Locke and Kant, he stands, first and foremost, within the ranks of the British analytical philosophers. Any reference to human nature, or to a transcendental concept of justice, has been removed. We are left only with the observation, made earlier by John Locke, the founder of liberalism, that the first thing that a reasonable living being seeks to ensure is his own survival. For the author of *The Theory of Justice*, the fundamental issue is to define the conditions under which each person can best ensure his survival in a social context in which everyone has the same motives.

More fundamental than fairness, this concept of justice stresses the individual and his security. This is one paradox of liberalism, since it is based on the opposite of freedom. Extending our analysis of society's tendency to go to court a little further, we discover that the need for security is almost always an issue, either directly or indirectly, and that it becomes exaggerated as man, moving further away from God, becomes the absolute. Since he no longer finds security in God, man has deified security. In the meantime, the fear of the other, i.e., the other sex, the other generation, or the other ethnic group, becomes stronger. Sartre's aphorism borrowed from Hobbes, "Hell is other people", was prophetic. If society's tendency to go to the doctor is caused by fear of germs, its tendency to go to court is caused by fear of others … (and, often, of their germs). The ultimate cause of both phenomena is an excessive need for security. Individually and collectively, we cannot escape the domination of medicine unless we accept our mortality and bow before the evidence: the value of each human life is not unlimited. We can only escape the domination of the legal establishment in the same way.

In order for philia to be restored in those places from which it has disappeared, first and foremost, a philosophical climate must reign in which

security ceases to be the absolute that it now is. Such a climate exists within the family of my neighbours, who have 12 children. A short time after the bus accident in Nicolet, the father was pulled over by a policeman, because only three of the five children in the back of his Chrysler were wearing seat belts. You can imagine the father's reply: "What do you expect, officer, there are only three belts". The police officer warned him that, next time, he would impose a severe fine rather than letting him off with a warning. At this rate, my neighbours will soon only be able to travel by train or bus!

Commenting on the panic aroused by the accident, my neighbours expressed wisdom worthy of Aristotle. "It is as though, they told me, people have forgotten that they are mortal and so, when they are reminded of this fact by an uncommon accident, they try to banish the spectre of death by calling for utopian security measures". Just as they were telling me this at their sugar shack, I saw a small patch of colour racing down the hill on the other side of the stream. It was their youngest boy, Robert, just three years old, who had come to find his parents on his own, over half a kilometre from the house. "He will have wonderful memories of this", said his parents, rather than worrying about the accident that might have befallen him.

Once this philosophical climate has been re-established, a range of simple measures to ease the legal burden will become possible. The simple solution is to practise social Hippocratism. Nature cures itself, taught Hippocrates. We must only strive not to harm it. *Primum non nocere*. The same holds true for man's social nature. Remove the obstacles and philia will reappear.

We have a civil liberties union and innumerable agencies to watch over the security of our citizens. The time has come to watch over philia, by encouraging the creation of citizens' groups responsible for reducing our fear of others and its corrosive effects on the community, for example. How? Perhaps by identifying acts and regulations that are harmful to community life and recommending their repeal or amendment.

With this in mind, we, along with some friends from Vancouver who work with the disabled, and with the support of the McConnel Foundation, have launched the "Philia" project to recreate the social conditions for philia.

JUSTICE PYRAMID

This table, as we said, suggests the following general principle: given the inability of individual citizens to prevent a dispute from occurring, that, insofar as possible, it be resolved spontaneously by society; that in situations where, despite all attempts to avoid it, the risk of a dispute is high, the services of a preventive law specialist be used, i.e., either a notary who, as a public official, is in reality a judge before the fact, or a lawyer who assumes a role similar to that of a notary.

If the dispute occurs despite all these precautions, the first step must be to try and resolve it through procedures that are less formal and severe than court proceedings, yet still guarantee that justice will be fully done. These proceedings are, in order of application, conciliation, mediation

and arbitration. Private settlements are the procedure of last resort because, of all the procedures, it has the greatest potential for the use of coercion.

Under these conditions, only disputes that absolutely could not be settled by other means, and that would, insofar as possible, have an exemplary value, would go to court.

Preventing disputes through more ethical behaviour and improving the quality of the social fabric may appear to be a nebulous and remote solution. However, we would simply repeat that, without such change, all the solutions that appear, at first glance, to be more detailed and concrete will quickly lose their promise.

This does not mean that we should not even try to find solutions. What it does mean is that the effort we must expend will be even more productive if it is accompanied by a more radical ethical renewal.

MORE OR LESS? THE ECONOMIC PERSPECTIVE

Stephen T. Easton

Professor of Economics, Simon Fraser University
and Adjunct Scholar, the Fraser Institute

It is a truism that the citizenry should have access to justice. It is also a truism that wants and needs are unbounded. The important question is what constraints are to be put on the process of obtaining enough justice. Once the dust settles on the kinds of things we want people to be able to do in principle (and of course in law), the number accessing justice programs evolves into the question of who will pay — the taxpayer and the litigants/defendants, or just the taxpayer? And once it has been decided that the taxpayer rather than the affected parties will pay for litigation, then the only issue remaining is "how much?" both in aggregate and on a case by case basis since the budget will always be exhausted.

Consequently, my role as an economist is to suggest that even with new program spending (and especially were Justice to remain within the current envelope), the economic principle of tradeoffs among alternatives should be on the table nonetheless to evaluate the potential candidates for expansion.

We need this principle. A quick review of Canadian justice today emphasizes the pitfalls of doing without the basic notion of tradeoffs.

There are a number of interesting facts about Canadian justice.

First, the number of lawyers in Canada continues to rise. As of 1997 there are 67,961 lawyers on the rolls of Canadian law societies. Since 1991 this is an expansion of 21% in the number of lawyers even though the population grew less than 8%. From 1991–1997 the number of lawyers per 100,000 of population rose from 199 to 224. We have reached the ratio of lawyers to population that was found in the United States in 1981. To put this in local perspective, between 1993 and 1997 the number of physicians in Canada *declined* from 189 to 183 per 100,000 of population.

Second. With the declining crime rate, there are fewer criminal cases in the justice system.

During the past decade, the actual *number* of criminal code infractions known to the police has fallen by 15% (as opposed to the crime *rate* that has fallen by 22%.)

Third. Civil litigation, about which remarkably little is known, has probably continued to grow after 1993 which was the last year for which systematic evidence has been gathered.[16] Over the previous decade civil litigation costs were increasing at a rate of (inflation adjusted) 2.3 percent per year. Governments (at all levels) were the most important contributors to increased civil litigation. It is unfortunate that more recent data do not exist. In the same way the crime rate increased and then began to fall in the early 1990s, it is important to know whether civil litigation continued to increase — something that I view as very likely — or actually declined in concert with the criminal caseload.[17]

The Recent Past. The past fifteen years have provided an object lesson for the expansion of legal services by governments. On the one hand there is the fiasco of legal aid where the great expansion of the 1980s and early 1990s was suddenly replaced by an equally sharp contraction. It is not credible that booms and busts in legal services are being made in any rational way with such gyrations in both funding and service. On the other hand, we have the operation of much of the rest of the justice service system that has been remarkably stable in the face of both rising and falling demands for service.

Table 1 reports total spending on different categories of justice services in real 1999 dollars (to adjust for inflation).

What is particularly interesting is that movement in total real expenditures on the police, the courts

TABLE 1

The Cost of Justice Services: 1988–97

(millions of 1999 $)

Year	Police	Courts	Adult Legal Aid	Youth Corrections	Corrections
1988/89	5621	820	384	1893	456
1989	5717	na	416	2018	486
1990	6110	892	480	2086	505
1991	5983	na	567	2064	519
1992	6209	942	654	2042	531
1993	6177	909	634	2005	542
1994	6158	889	688	2017	560
1995	6054	883	648	2000	529
1996	6005	879	550	2019	526
1997	6045	na	459	2096	504

Source: CCJS Juristat 17(3), p.9; and Juristat 19 (12), p.4.

[16]Lippert, Easton and Yurish, 1997, "Trends in Canadian Civil Justice" in John Robson and Owen Lippert eds., *Law and Markets: Is Canada Inheriting America's Litigious Legacy?* (Vancouver: The Fraser Institute, 1997).

[17]Recently the Canadian Centre for Justice Statistics looked into the operation of four jurisdictions and has added immeasurably to our knowledge of the details of civil actions and court activity although they did not focus on the broader picture.

and corrections are relatively gradual while legal aid costs are comparatively variable.[18]

Expanding Service. This leads to the question: What kind of budgeting exercise is reasonable in the face of a desired expansion of service? It is easy to spend money. There is no lack of applicants with unmet needs if a government is willing to pay the freight — a look at the history of legal aid proves that. But can services be expanded in a way that is both meaningful to the recipients and to the taxpayer? I think that the answer is "Yes," but it requires going well beyond Table 1's statement of spending.

For example, a basic criterion is that when more money is to be put into a program, the benefit from the service level increase should be commensurate with the increase in funding.

This means that there has to be a notion about what constitutes the service level. In the case of the police, we might imagine that it has something to do with the number of crimes. In the case of corrections, it has something to do with how many people are sentenced to incarceration for crimes they have committed. In the case of legal aid, it has something to do with how many people are serviced in criminal (and civil) cases. To be sure, these are relatively crude measures. After all, we want the police to catch criminals and deter crime; we want courts to process people justly as well as efficiently; and we want prisons both to incarcerate and to discourage recidivism.

Regardless of what criteria we choose for expansion, we need to be assured that the benefit from an additional dollar spent on legal aid, for example, should be as beneficial as the additional dollar that could go to the courts, the police or corrections.[19] Otherwise it would be more sensible to increase the dollars flowing to the courts, the police and corrections before increasing the flow to legal aid. At current service levels, if there is a specific program that provides demonstrably higher benefit, then expand that service.

To operationalize this principle, we need to be able to characterize service cost. Table 2 *illustrates* one such characterization: the dollar cost of each service is deflated by the number of crimes known to the police.[20]

TABLE 2

The Cost of Justice Services per Crime Known to the Police

Measured in Constant (1999) Dollars

Year	Police	Courts	Adult Corrections	Youth Corrections
1988/8	2352	343	792	191
1989	2357	na	832	200
1990	2326	339	794	192
1991	2064	na	712	179
1992	2180	331	717	186
1993	2258	332	733	198
1994	2327	336	762	212
1995	2294	334	758	201
1996	2271	332	763	199
1997	2389	na	828	199

[18]Additionally, in legal aid there has been a gradual return toward more criminal and less civil legal aid as a proportion of total expenditure. The trend is particularly marked in Ontario, but is also present in most of the other provinces even though the actual number of applications for criminal legal aid has been declining – as might be expected with the falling number of crimes and crime rate.

[19]In a larger context we should see it as competing with health care and education. But for the purposes of today's discussion, we can remain in the Justice envelope.

[20]Deflating by the number of crimes known to the police is only one way to characterize the service flow and is meant to be illustrative, not definitive. It is by no means the only way to characterize service flow. Other more sophisticated characterizations are obvious but beyond the scope of this note.

For many, but not all, of justice's functions, the number of crimes known to the police is a basic source of demand.

As Table 2 describes, the costs of justice relative to the number of crimes known to the police have been remarkably constant over the past decade. That is, the fluctuations in cost per unit service are neither systematic nor follow obvious trends. Relative to the number of crimes, the costs of Canadian justice have been stable relative to the "demand" for service.

As it is the only cost that is actually at a maximum in 1997, Table 3 reports data about corrections for the past two decades: the number of criminals in custody at federal and provincial facilities over the past twenty years *relative* to the number of criminal code violations.

TABLE 3

Inmates per 1000 Criminal Code Violations

Year	Inmates	Year	Inmates
1978	12.8	1988	11.5
1979	11.8	1989	12.0
1980	11.0	1990	11.1
1981	11.1	1991	10.6
1982	12.2	1992	11.1
1983	12.6	1993	12.0
1984	12.9	1994	12.7
1985	12.6	1995	12.8
1986	11.8	1996	12.9
1987	11.2	1997	13.0

There has been very little change in the proportion of those incarcerated relative to the number of criminal code violations. So what does this mean?

These data indicate that there is a stable association between these categories of expenditure and the underlying source of the demand for service that, in this simplified exercise, is taken to be "known criminal code violations". The costs and service levels in our justice system are, by and large, stable. There are not great and sudden changes in costs relative to a basic measure of service.

There is no such stability, however, between crimes and legal aid, and although not presented here this is true even for criminal legal aid. Table 4 displays the cost of legal aid per known crime.

TABLE 4

Legal Aid per Crime Known to the Police

(1999 Dollars)

Year	Legal Aid
1988	161
1989	172
1990	183
1991	195
1992	230
1993	232
1994	260
1995	246
1996	208
1997	181

In contrast to the stable patterns of expenditures in the other categories of justice spending in Canada, legal aid spending per crime has been highly variable. If there is additional spending to be done in this division of Justice, then some rationalization of service levels is desirable. To justify expanding service, a case has to be made that a dollar spent here is worth *more* than a dollar spent in the other components of justice. It would be very difficult to rationalize expanding a service that has been so variable unless it can be shown that a dollar spent on this form of justice yields a better outcome than an additional dollar spent among policing, corrections and the courts.

So what is the framework? To expand service in any one sector of spending, prove that the present cost per unit of service benefit in that sector is lower than the costs of expanding service in all of the other sectors. Legal aid aside, it is likely that with an extra dollar to spend, you would tend to distribute it across all the activities that have provided stable levels of service in the past rather than choosing one (winner) to expand. This prescription is bland, but it is the correct one if you are duly diligent. With legal aid, the case must be made that by expanding service you are improving access to justice better than by improving the courts, the police and corrections.

New Partners and New Delivery Mechanisms Speaking Notes

Lois Gander

Legal Studies Program, Faculty of Extension, University of Alberta

We have been invited today to consider afresh the question of how to improve access to justice in Canada — to "think outside the box" as the expression goes. We have not been assembled for this task because we are some learned society that amuses itself by pondering the imponderables, but because we believe that our current legal system is in critical need of repair or renewal.

For many of us, access to justice is not a new theme. We have been or are involved in the legal services movement with its promise of expanding access to the legal system whether through legal aid, native court worker services, or public legal education. Or we are law reformers, equality seekers, victims' advocates, or mediators struggling to make the law have more meaning for people disaffected by the current system.

We know from these efforts that we are only working around the edges of the problem of accessing justice rather than getting to its core. Our legal theorists confirm our suspicions that the legal enterprise is deeply flawed. We find ourselves asking **what** access to **whose** justice? So we must heed Einstein's caution that we cannot expect to solve a problem with the same kind of thinking that created it. If we want to get to the root of the problem of our legal system, think outside of the box we must.

Getting out of the box, on the other hand will be no easy matter. We have a great deal invested in the current system and much to lose in abandoning it. We may also have to think in ways quite foreign to us, ways that may seem absurd, fanciful, or foolish. We may need to set aside the analytical tools that normally sustain us, in favour of less familiar processes of reflection, introspection, and lateral thinking. Today's discussions can only be a beginning, uncertain and halting, as we seek even for the questions we should be asking.

Our charge in this discussion group has been to consider who ought to be our new partners in our journey toward justice and in what new ways might we deliver our reconceived notion

of justice. I propose that we begin by asking ourselves three questions:

- Why do we now find ourselves in need of such deep reflection on the state of our legal system?
- Who needs to be involved in renewing our justice system?
- How will we deliver this new justice?

Considering these questions might help us remain connected to the best of our traditions, while pushing the justice project forward another step.

WHY NOW?

To start that discussion, I would suggest that the challenges facing our legal system today have been provoked by a variety of factors, some of them contradictory and conflicting:

- The public is increasingly dissatisfied with the law and the form of procedural justice it promises. Our system promises us our "day in court "– our chance to present our case to an objective judge in accordance with established procedural safeguards. But our system doesn't actually help most people get to court on most of their claims. Legal aid is limited both as to coverage of matters and financial eligibility. It leaves both the poor and the middle class without assistance on a host of important legal matters. As for that objective judge, what good is she if the rules are so complex, the evidence so unstable that the outcome of my trial is so unpredictable as to be a "crap shoot," as even judges have characterized the event? What good is procedural justice if the laws themselves are not just, if they favour the strong against the weak? Or if the best lawyer wins no matter the merits of the case; if the process can be manipulated by an unscrupulous lawyer who uses the very procedures of justice to wear down the righteous party? Procedural justice is a myth with little contemporary suasion.
- We can not dismiss these complaints against the legal system as being the inevitable consequence of an adversarial system that by its very nature must produce both a winner and a loser. Not just the losers are complaining. The winners, the witnesses, the jurors, the spectators, the analysts, and the public all see the system as failing. Increasingly lawyers and judges are losing faith with it as well.
- The equality provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have created the expectation that the law can deliver, not just procedural justice but substantive justice, raising the legal stakes considerably. Yet the courts' decisions in delivering substantive justice have been as controversial as those delivering procedural justice. Canadians don't seem to be as ready for this kind of justice as our Charter suggests.
- Recent concern regarding youth violence and before that, parolee violence, has fuelled public dissatisfaction with both the retributive and rehabilitative functions of the criminal justice process. The law seems to offer us too little protection against the lawless.
- The multicultural makeup of Canada means we have widely divergent experiences with fundamentally different legal systems leaving us with no public consensus on the meaning of justice. There is no shared understanding of the roles of the various players in the legal system; no shared history, romanticized as it may be, of the

struggle to establish the rule of law as a cornerstone of democracy; and no shared commitment to its continuation.

- Canada has become a "rights based" and litigious society. Canadians turn to our flawed legal system with increasing frequency and urgency to resolve an ever-expanding array of problems.

- Maintaining a legal system with these demands on it requires an increasingly complex and expensive administration for which the public is less and less willing to pay. As the public sees it, they are being asked to pay more and more for a system that is increasingly dysfunctional.

- The public's resistance to pay for the legal system is matched by the litigant's increasing inability to pay to play the legal lottery. The legal system is inaccessible not only to the poor but to the middle class as well. The cost of legal services bears no relationship to the benefits delivered.

- The erosion of our sense of ourselves as social beings and as citizens capable of perceiving a public good that exists beyond our private self-interests has rendered us merely consumers of services, even government services like our courts. Our recourse is to complain about the service that we receive, not take responsibility for it.

- The dominance of multinational corporations threatens to make all talk of citizenship and rights of little consequence creating a sense of urgency about asserting our collective authority.

- By calling into question the meaning of post-modernism challenges the complacent acceptance of our current, positivist concept of law. Legal positivists would have us believe that the law is the law is the law. But post-modernists tell us that the very notion of law is contestable. The meaning of law resides in the understandings of everyone who experiences it in any of its host of forms, formal and informal. If meaning is not fixed then we can create whatever understanding of law or justice we want. On the one hand that is liberating; on the other hand it imposes a moral obligation on us not just for the specific laws we adopt but for the very notion of law we perpetuate and the kind of justice we pursue.

In short, our legal system is showing signs of wear and tear and the public is demanding an overhaul that will deliver a more satisfying form of justice at a cost they are willing to bear individually and collectively. Intellectually we feel empowered to reconsider fundamental assumptions underlying the legal enterprise we have inherited and to revisit its role in our pursuit of justice.

Once the question of justice is engaged, it admits of a host of possibilities, some yet to be imagined. To make sense of those options, we must first address the question of legitimacy. We must ask whose justice we are seeking to affirm through our inquiry.

WHOSE JUSTICE?

If we are to get back to basics in our examination of justice we must get back to the basic unit of society, and re-vest in citizens the responsibility for determining what kind of justice we will have. But in doing so, we must guard against a knee-jerk, irresponsible form of direct democracy that enables people to hide from the consequences of their decisions.

Rather we need forms of public engagement that promote conscientious participation in, informed discussion about, and enlightened reflection on the meaning of justice as it is played out in real life situations. We must strive for an inclusive notion of justice, one that draws from the richness of the diversity of Canadians' experiences. Moving forward on this means finding ways of engaging everyone in meaningful contemplation of the most fundamental issue we confront as a civilisation.

This may seem a daunting, if not impossible task — to be dismissed out of hand. Yet it is happening as we meet. And it is taking place in communities that seem on the surface to be least capable of undertaking it. I speak, of course, of restorative justice programs operating in some of Canada's most troubled communities fraught with some of our most intractable problems. Their experiences suggest that involving people in the real-life problems of their communities not only provides a more satisfying form of justice, but transforms both individuals and communities.

Restorative justice is not the only vehicle we have for re-imagining justice but it is a handy one since police forces are implementing this approach to fighting crime in communities all across the country. Properly run, restorative justice programs provide us not just with new forums for dispensing more satisfying justice but with new sites for advancing our understanding of justice itself. Restorative justice programs empower individuals to exercise the duties and to experience the rewards of acting as citizens in a democratic society.

As more and more people gain experience in this new form of community problem solving, we will acquire a critical mass of people who have seriously contemplated the meaning of justice in a host of situations. If their stories of justice are shared, we can generate a new body of "common law" to guide our relations with each other — a body of law in which we see ourselves and our sense of justice reflected but which transcends our time or place.

So I would propose that the most important new partner in the justice enterprise must be the Canadian public acting in their role as citizens. Unaccustomed as we are to assuming this responsibility, we will need assistance of all sorts. We will need to recapture the wisdom of the ages as known to our elders, historians, anthropologists, philosophers, religious leaders, and others who study the human condition. They too become new partners in justice as they help us find new ways of thinking and feeling about ourselves as whole beings, not just as isolated, rational, self-interested individuals. We will need their guidance in cultivating a passionate concern for the well-being of our fellows and a compassionate disinterest in the specific outcomes of the social choices we face. Moving forward means making a passion for justice the defining characteristic of Canadians!

WHAT ACCESS?

If it has become critical for us to re-conceive justice at this time, it is at least a propitious time from the point of view of the availability of new mechanisms for delivering justice. Providing unprecedented communication capability, the Internet opens up entirely new ways of delivering and conversely accessing justice, indeed for effecting justice. We have efficient new ways of reducing administrative costs, managing social knowledge, and delivering justice.

The word "delivery" does not resonate well with the process of re-conceiving justice that I have been suggesting. Delivery suggests a one-way transfer of goods, in this case, justice. Someone

or some institution has the job of manufacturing the goods and those goods are then dispensed to someone else who needs them. It suggests a process of consumption — someone needs justice and so goes somewhere to get it, at a price. We are reduced to the role of consumer in this transaction as I have already noted. This is anathema to the kind of participatory justice I have been discussing.

If we are really to rethink justice, we must be open to other ways of conceiving the sources of justice. If, for example, we see justice as lodged in the hearts and minds of all of us rather than in only the deliberations of an anointed caste, then justice is effected rather than delivered. We realise justice in our interactions with each other every day. Justice is as accessible as our nearest neighbour, our teacher, co-workers — our boss! Justice is not so much delivered as it is made manifest and shared.

What we need to help us "access" this shared justice are mechanisms that liberate the impulse for justice inherent in our humanness. We must give ourselves permission to be just and to insist on justice from each other. That requires us to become more self-conscious and to take responsibility for refining our sense of justice, both individually and collectively — as Socrates said, to think each day of goodness. Living justice requires that we engage as citizens in effecting justice — not delegate that responsibility to someone or some other institution to attend to on our behalf. It also means that we pursue justice everywhere that injustice occurs — in our homes, schools, churches, streets, hospitals, workplaces… and courts.

Certain processes will be needed to bring this to pass. We will need ways of engaging with each other, of accessing the wisdom of the past, of gathering good intelligence about our problems, and of learning from our successes and mistakes. Our new delivery models will include both real and virtual, transient and institutionalised, centres of justice. They may be small and temporary clusters of community members such as we see in family group conferencing, or more fluid, self-organising learning communities on the Internet. They may be permanent centres of research, study, and training or electronically delivered justice resources. Imagine learning about justice rather than law in school. Imagine consulting justice professionals instead of legal professionals. Imagine a new common law emerging as communities recover their responsibility for managing their conflicts and as their practices are examined through public reflection and debate. Imagine web sites designed to make all this knowledge and wisdom readily accessible.

New visions of justice are only possible if we are prepared to abandon the familiar for a moment and entertain alternatives, no matter how unrealistic they may seem at first. Within them may lie the germ of an idea worth maturing. In the last few decades we've experimented with a variety of alternatives to our mainstream legal system in the forms of alternative dispute resolution, voluntary compliance, diversion from the criminal justice system or creative processes for sentencing offenders. We have had much success with these efforts. They embolden us to move even further away from the centrifugal force of the legal system. Post modernism permits us to admit the wider experiences of the public to our understanding of law and to open up the justice enterprise to different forms and to fuller public participation. We can and should see that the differences that threaten to divide us constitute a rich pool of experiences about law that can help us deepen our commitment to justice. We can and should mobilise public discontent and transform it into active engagement in effecting justice.

If we want this renewal to succeed, we cannot simply wish it into being nor devolve it, unsupported, to the public. There is a real temptation these days for governments to hand off many of the responsibilities that we've come to rely on them to provide. Downloading and outsourcing justice will not produce the results we want. Governments will need to provide resources in a variety of forms. To do that, we may need to shift resources away from conventional legal systems and services. That is where the test of our commitment to justice will really lie and the erosion of the vision may begin to occur. It is there that we must be prepared to take our stand.

CONCLUSION

Our legal system is in disrepute, under attack from many directions. Patchwork efforts to respond to criticisms have taken us only so far. If we are to meet the challenge of our time, we must consider new forms of access to new kinds of justice. This in turn necessitates taking on a major new partner, or rather an old one, the public. It means engaging in the very oldest tasks of citizenship: determining what kind of society we want to live in and what form of justice it will pursue. Only as we embark on this journey can we know what kind of new delivery vehicles we will need. A host of them await our use. Some may not look so new at all — public institutions that have been at hand for decades if not centuries. Others may sport the latest in technological enhancements.

If we venture this far out of the box, what would we dare to dream? Where would we begin? With whom would we choose to engage? What kinds of questions would we ask as we begin to probe the issues? What kinds of processes would help us in our inquiry? What kinds of justice might we be ready to invent?

If we take this project seriously, will there still be a place in the future for law as we know it? As we give new meaning to justice, will we give new life to the law? Is the triumph of the rule of law behind us while the pursuit of justice is forever before us? Or will we create new forms of justice within the rule of law? As we cast our eyes across our expanding horizon, what do we see?

DIVERSITY AND ACCESS TO JUSTICE

By Prof. Brian Etherington

Faculty of Law
University of Windsor

INTRODUCTION

I have been asked to provide my views on how well we are doing at meeting the needs of members of diversity groups in Canadian society for access to justice, based on my own knowledge and experiences. In this brief paper I will attempt to present my perceptions of recent developments in the recognition of diversity interests and the meaning of justice and equality for members of diversity groups within our civil justice system[21] and the most serious problems inhibiting access to justice for members of diversity groups today. My thesis is quite straightforward. We have witnessed significant advances on the substantive side of the ledger, both in the recognition of diversity interests and the meaning of justice and equality for members of diversity groups. However, those advances on the substantive side have not been met with corresponding advances in terms of delivery mechanisms and procedures necessary to achieve access to justice. In fact, consistent with the trend among Canadian governments in the 1990's to downsize government and privatise the delivery of government services to provide tax cuts, there has been a hollowing out of government mechanisms and a significant attempt to privatise the resolution of diversity issues under human rights legislation in many jurisdictions in Canada.

The removal or withdrawal of governments from processes to resolve disputes concerning diversity cannot be a good thing for the recognition and protection of diversity interests. Diversity groups are generally minority groups, both in terms of numbers and resources. The imbalance of power between minority racial and religious groups in a market economy and the failure of our courts to adapt the common law to protect minority interests against unequal treatment led to the development of human rights legislation in the 1950's and 1960's to give governments a major role in protecting members of minority groups from discrimination in their business lives. The role of government was essential to overcome the imbalance of power which determined outcomes in the private sphere. The recent return to a reduced role for governments in the protection of diversity interests has resulted in an increasing gap between the promise and the experience of access to justice for members of diversity groups.

[21]Time constraints simply made it impossible to deal with the plethora of significant issues concerning access to justice for members of diversity groups within the criminal justice system today. For some of the most comprehensive work on those issues see, Ontario, *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System*, (1995: Queen's Printer for Ont.); Canada, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996: Canada Communication Group, Ottawa); Etherington, *Review of Multiculturalism and Justice Issues: A Framework for Addressing Reform*, (1994) a Report Prepared for the Department of Justice, Canada.

THE PROMISE: SUBSTANTIVE DEVELOPMENTS IN THE RECOGNITION OF DIVERSITY AND THE MEANING OF EQUALITY AND JUSTICE

Increasing Recognition of Diversity

The past twenty to twenty-five years have seen a tremendous growth in the recognition of diversity interests deserving of protection from discrimination by our justice system. These developments have been the result of interaction between four agents of change, legislative amendment, judicial interpretation, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the diversity groups themselves. The growth has come both in the area of recognition of prohibited grounds of discrimination and the definitions of discrimination and equality.

Prohibited grounds of discrimination are nothing less than those attributes of diversity which we have determined should not be allowed to be the basis of differential treatment between individuals which imposes burdens or denies benefits. By recognising a particular personal characteristic as a prohibited ground of discrimination for human rights or *Charter of Rights* purposes, we recognise that it would be an affront to our deeply held values concerning the right of all members of Canadian society to equality and human dignity to allow for the imposition of disadvantage on the basis of the proscribed ground of discrimination.

From the inception of human rights legislation in Canada in the 1940's and the 1950's we have witnessed a significant expansion of grounds of discrimination. The earliest statutes generally included only race, colour and religion. The 1960's saw the addition of age, and ethnicity or place of origin in most jurisdictions. This was followed by the addition of sex in the late 1960's and early 1970's. Marital status was added in most jurisdictions in the 1970s to be followed by family status in the late 1970's and early 1980's. More recently, disability or handicap was not recognised as a prohibited ground of discrimination in many jurisdictions until the early 1980's.[22] Quebec has added social condition as a prohibited ground and several jurisdictions have added receipt of social assistance as a prohibited ground for limited purposes such as non-discrimination in access to accommodation. Sexual orientation was not a prohibited ground until it was added legislatively in Ontario in 1986. This was followed by legislative addition in several other jurisdictions in the late 1980's and early 1990's, including the amendment of the federal human rights code to add sexual orientation in 1996 after many years of failed attempts.

Finally, in 1998 in *Vriend v. Alberta*[23], by judicial pronouncement under s. 15 of the *Charter of Rights*, sexual orientation was added to the Alberta human rights statute and the human rights legislation of any other jurisdiction which had not included it to that point. In *Vriend* and the earlier decision of *Egan v. Canada*,[24] the Supreme Court of Canada held that sexual orientation was an attribute of diversity that should be recognised as an analogous ground of discrimination to those enumerated under

[22]It should perhaps be noted that handicap or disability has been the most rapidly growing ground of discrimination in terms of the number of complaints filed with human rights commissions in Canada. In 1999, 34% of all new complaints received by the Canadian HRC were based on disability. The next categories were sex with 18%, race/colour with 15% and national or ethnic origin with 14%. Canadian Human Rights Commission, *Annual Report for 1999*, (2000).

[23][1998] 1 S.C.R. 493

[24][1995] 2 S.C.R. 513.

s. 15.[25] The Court provided a definition of analogous ground which is likely to be instructive and influential for future development of prohibited grounds under the *Charter* and under anti-discrimination legislation. The Court emphasised the notion of a "deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs" and urged consideration of whether persons who share the attribute of diversity "form an identifiable minority who have suffered and continue to suffer serious social, political and economic disadvantage."[26]

Evolution in Conceptions of Equality and Discrimination

However, even more significant to the expansion of the legal recognition of diversity interests was the judicial and legislative evolution of our basic conceptions of equality and discrimination in the early to mid 1980's. The traditional meaning of equality as purely formal equality in the sense of identical treatment for all regardless of their personal attributes was rejected in favour of a new conception of substantive equality of opportunity to demonstrate one's potential without being impeded by barriers which are based on irrelevant diversity attributes or which have an unnecessary adverse impact on members of groups identified by a prohibited ground of discrimination. Under this new conception of equality it was recognised that access to justice in the form of equal treatment could often require the recognition of diversity attributes and the accommodation of differences to enable full participation free of unnecessary barriers.[27]

This new conception of equality required a new definition of discrimination and the Supreme Court of Canada and several of our legislatures obliged. In 1985 in *O'Malley and Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears Ltd.*[28] the Court recognised for the first time that the concept of adverse effect discrimination was sufficient to satisfy a requirement for discrimination under human rights legislation. It arises where an employer for business reasons adopts a rule or standard which appears neutral on its face, and which applies uniformly to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or a group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force. Thus while intentional discrimination continued to be prohibited, the Court began in the mid 1980's to shift away from a fault or intent based approach and towards a results or effects based approach to the application and enforcement of human rights legislation in Canada. A similar approach was reflected in the Court's watershed decision in *Action Travaill des femmes v. C.N.R. Co.*[29] .

[25]In addition, in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3 the Supreme Court confirmed that differential treatment of same sex couples in the conferral of benefits or protection under the law would constitute discrimination on the basis of sexual orientation and would have to be justified as a reasonable limit if it were to survive a *Charter* challenge. This has led to major legislative initiatives in most jurisdictions across the country to extend equal benefits and obligations to same sex couples as those provided for heterosexual couples.

[26]*Ibid.*, at paras. 5 and 175.

[27]For an influential articulation of this conception of substantive equality see the *Report of the Royal Commission on Equality in Employment*, ('The Abella Report') (Ottawa: 1984), at 2–3. This report is commonly cited as the basis for the first federal *Employment Equity Act*, passed in 1986.

[28][1985] 2 S.C.R. 536.

[29](1987), 40 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.).

In that decision the Court defined systemic discrimination as discrimination that results from the simple operation of everyday established procedures of recruitment, hiring and promotion, none of which is designed to promote discrimination but which cumulatively are reinforced by the very exclusion of members of disadvantaged groups which results because it supports the belief or stereotype that members of the group are not capable of performing the work. Further, it upheld the granting of systemic remedial orders in the form of employment equity initiatives to obtain results in recruitment that would break the cycle of systemic discrimination. In the 1980's, some jurisdictions also amended their human rights codes to incorporate the concepts of adverse effects and systemic discrimination.[30]

A further significant expansion of legal protection of diversity interests in the workplace arose in the 1980's with the judicial and legislative recognition that harassment on a prohibited ground of discrimination constituted discrimination for the purposes of human rights legislation. Many jurisdictions, including Ontario, amended their human rights legislation to remove all doubt, but for those jurisdictions which failed to do so the Supreme Court settled the question in favour of protection against harassment in 1989 in *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*[31]. In addition, the theme of transition from a focus on employer fault or intent to a focus on effects on employees has been maintained in numerous Supreme Court of Canada decisions on human rights issues in the last 15 years, including decisions on employer liability for harassment by co-workers[32] and the relationship between the requirements of a bona fida occupational requirement and an employer's duty to accommodate.[33]

The recent decision in *British Columbia (Public Service Emp. Relations Comm.) v. B.C.G.S.E.U.* will have a significant expansionary effect on the substantive ability of individual employees to challenge employer rules or practices which have an adverse effect as not being bona fide occupational requirements because the employer has not gone to sufficient lengths to accommodate the individual employee's diversity interests in the original construction of the business rule or practice.

The common theme of all of these developments is a greater recognition of attributes of diversity and the importance of accommodation of those diversity interests if we are to further the values of substantive equality and respect for human dignity that are central to the mission of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and human rights legislation in Canada. But at the same time all of these developments significantly increase the potential for individual claims by members of diversity groups to assert that their right to substantive equality is being violated by employer practices or the conduct of unions or co-workers. To what extent have we been able to provide similar expansion or adaptation of procedures and mechanisms for protection of diversity interests to ensure that the increases in substantive rights and responsibilities are more than simply hollow promises?

THE EXPERIENCE: PROBLEMS IN DELIVERY OF ACCESS TO JUSTICE FOR MEMBERS OF DIVERSITY GROUPS

The short answer to the question posed above is that we have not been very successful in developing delivery mechanisms to meet the

[30] See for example the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985 c. H-6, s. 10.

[31] [1989] 1 S.C.R. 1252.

[32] *Robichaud v. Canada*, [1987] 8 C.H.R.R. D/4326; and *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252;

promise of recent substantive growth in the right to equality. How have we failed? Let me count the ways.

First, our experiments with government mechanisms to implement pro-active employment equity measures on a jurisdiction-wide basis have been largely unsuccessful to this point. Despite the willingness of human rights adjudicators to order remedial measures which include an employment equity plan to correct systemic discrimination in a few rare cases,[34] many believe that the most effective means of providing substantive equality in the workplace for diversity interests is to adopt government mechanisms which require employers and unions to act pro-actively to identify and remove barriers to equality of opportunity in the workplace. This led to the adoption of employment equity legislation in the federal jurisdiction in 1985[35] and 1996,[36] and in Ontario from 1993 to 1995.[37]

The first federal act was generally viewed as little more than a flawed reporting mechanism to track the progress (or lack thereof) of members of the four designated groups (women, aboriginal persons, visible minorities and persons with disabilities) in a small portion of the federal workforce. However, the 1996 federal *Employment Equity Act* and the Ontario legislation are generally viewed as more serious attempts to implement substantive equality on a pro-active system-wide basis. Common to both regimes are the following: the objective of removing systemic discrimination from private and public workplaces in so far as it affects four diversity groups — aboriginal persons, visible minorities, persons with disabilities and women; obligations imposed on employers to do workplace surveys to identify levels of representation of members of the identified groups for all occupational groups within the workplace and to identify workplace barriers to equality of opportunity for members of the groups; requirements for employers to prepare an employment equity plan which identifies short and long term goals to achieve representation by members of designated groups in their workforce that is consistent with their availability in the labour force and in their community, and identifies the positive measures and policies they will implement to meet their goals; provisions for administration and enforcement by a government agency with the power to do compliance audits and issue compliance orders; access to an adjudicative tribunal to challenge or enforce compliance orders.[38]

While it is too early to tell if the new federal act has enough teeth to make it more effective than the 1985 legislation, obviously these initiatives have had a very limited impact on ensuring substantive equality to this point. The short-lived nature of the Ontario legislation means that today pro-active employment equity schemes are only in place for less than one million workers in the federal sector (less than 8% of the population). Serious concerns have also been raised about limitations built into the Act. The legisla-

[33] *British Columbia (Public Service Emp. Relations Comm.) v. B.C.G.S.E.U.*, [1999] File No: 26274

[34] *Action Travaill des femmes v. C.N.R. Co* (1987), 40 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.); and *National Capital Alliance on Race Relations v. Canada (Health & Welfare)* (1997), 28 C.H.R.R. D/179

[35] *Employment Equity Act*, R.S.C. 1985, c. 23 (2nd Supp.)

[36] *Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44.

[37] *Employment Equity Act*, S.O. 1993, c. 35; repealed by *Job Quotas Repeal Act, 1995*, S.O. 1995, c. 4.

[38] Note that while the Ontario legislation created an Employment Equity Commission and an Employment Equity Tribunal, the latest federal act assigns the bulk of the administrative and enforcement obligations to an already overburdened Canadian Human Rights Commission but does provide for a review of Commission compliance orders by an Employment Equity Review Tribunal under s. 27 of the Act.

tion contains provisions which should generally protect seniority schemes under collective agreements from being held to be barriers to equal opportunity and it also prohibits the issuance of a compliance order that would have the effect of imposing a quota requiring an employer to hire or promote a fixed number of persons during a given period. More flexible numerical goals can be specified.[39]

Finally, this is a model for protection and promotion of diversity interests in the workplace that is very demanding in terms of resources, and some have expressed concern that, as governments seek to reduce budgetary allocations for government programs, employment equity initiatives will be funded inadequately and at the expense of other anti-discrimination programs and mechanisms.[40]

The failure of governments and their agencies to adopt pro-active or remedial employment equity initiatives on a more widespread basis leads us back to a consideration of how well we are doing at meeting the needs of members of diversity groups under the traditional complaint driven mechanisms. Anyone familiar with this area will know that the incapacity of human rights commissions to deal effectively with human rights complaints in a timely manner has been the subject of considerable criticism for many years now. The reports of huge backlogs of complaints and lengthy delays of three to seven years to have a complaint dealt with by an adjudicative tribunal have been the subject of academic and judicial comment since the late 1980's.[41] This has also resulted in criticisms from Auditors-General on occasion, particularly in the federal sphere, that human rights commissions are trying to do too many things and are taking too long to do them due to inefficient management. Over the years spokespersons for human rights commissions have pointed to increases in their jurisdiction and workload due to the substantive developments referred to above and have argued that governments have failed to provide adequate resources to deal with that workload effectively.[42] However, pleas for real increases in funding for human rights commissions or reforms which would enable complainants to have much more control over the processing of their complaint have, for the most part, fallen on deaf ears.[43]

These problems have led to several related developments in the last 5 to 10 years that have seen a significant transfer of human rights claims to other forums for the resolution of workplace disputes. In the first place, employees have voluntarily sought to make their claims in courts or other adjudicative tribunals such as grievance arbitration or the Ontario Labour Relations Board to avoid the delay they found in the human rights commission process. In the earliest attempts by unorganised employees to go to court for relief in a civil action the bar to recognition of

[39] *Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44, s. 33.

[40] See for example, Mullan, "Tribunals and Courts — The Contemporary Terrain: Lessons from Human Rights Regimes"(1999), 24 Queen's L.J. 643, at 646; and Baines, *Occupational Sex Segregation and Employment Equity: Lessons for China* (2000), unpublished manuscript prepared for the Canada-China Women's Law Project.

[41] For those not familiar with the extent of these problems and the difficulties it presented for access to justice for members of diversity groups protected by human rights legislation, see Ontario, *Ontario Human Rights Code Review Task Force: Achieving Equality: A Report on Human Rights Reform* (Toronto: Queen's Printer, 1992) (The Cornish Report).

[42] See for example the discussion in Mullan, "Tribunals and Courts — The Contemporary Terrain: Lessons from Human Rights Regimes"(1999), 24 Queen's L.J. 643, at 646.

[43] See for example the call by Mary Cornish for a more "client" driven process in Ontario, *Ontario Human Rights Code Review Task Force: Achieving Equality: A Report on Human Rights Reform* (Toronto: Queen's Printer, 1992) (The Cornish Report), at 108.

a tort of discrimination that was raised in *Board of Governors of Seneca College v. Bhadauria*[44] was used to preclude court action. However, beginning in the mid 1990's courts began to allow actions based on conduct addressed by human rights legislation to continue as long as they based their claim on the assertion of traditional causes of action previously recognised at common law and did not seek damages based on a violation of the human rights code.[45]

Organised employees working under a collective agreement were generally precluded by the common law from maintaining a common law action in court but many began to seek the support of unions to support their claims in the grievance arbitration process.[46] Arbitrators had begun to gradually accept jurisdiction to hear grievances alleging a violation of the human rights code if there was a sufficient nexus with a collective agreement provision to give them jurisdiction. In 1993 this method of acquiring arbitral jurisdiction over human rights issues was given legislative recognition in the Ontario *Labour Relations Act*.[47] Several other jurisdictions in Canada also give grievance arbitrators the jurisdiction to interpret and apply human rights legislation in their decision making process. Some employees also sought to escape the human rights commission logjam by applying to the Ontario Labour Relations Board under its occupational health and safety jurisdiction to claim that discriminatory conduct by the employer, such as racial harassment or sexual harassment, had made the employer's workplace unsafe due to the mental stress it put on the employee. In some cases an employee might seek relief in several forums at the same time to see which one would deal with her claim the most quickly.[48]

The tightening of government budgets and the push to make the delivery of government services more efficient have led to a third significant development. The human rights commissions in several jurisdictions, most notably Ontario, have adopted a policy of almost complete refusal to take jurisdiction over human rights complaints by employees who work in an organised workplace and are subject to a collective agreement. In the interests of responding to criticisms of inefficiency, in 1993 the Ontario Commission adopted a strict and rigorous policy of deferral to arbitration where the complainant worked under a collective agreement.[49] The Commission's guidelines[50] refer to the important public interest in stable and harmonious labour relations and express concerns that the human rights process should not become a tool to replace the collective bargaining process. The guidelines do suggest that the Commission should consider each case on its own basis and note that one factor to consider is whether there may also be complaints against the union. Nevertheless, recently published statistics and anecdotal evidence suggest

[44][1981] 2 S.C.R. 181 (*Bhadauria*)

[45]See the discussion in Mactavish & Lenz, "Civil Actions for Conduct Addressed by Human Rights Legislation — Some Recent Substantive and Procedural Developments" (1996), 4 C.L.E.L.J. 375. In some cases the courts actually commented on the ineffectiveness of the human rights process as a reason for letting the court action continue.

[46]See *Weber v. Ontario Hydro, infra.*

[47]See *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, s. 48 (12)(j).

[48]See for example the case history discussed in *3M Canada Inc. v. C.A.W., Local 27 (Chapman)* (1997), 64 L.A.C. (4th) 213 (Knopf).

[49]The Commission claims the authority to adopt this policy under the discretion given to it under s. 34 of the Human Rights Code to not deal with a complaint where it could or should be more appropriately dealt with under another Act. Note that s. 34 also gives the Commission the discretion to decline to process complaints that are trivial, frivolous or made in bad faith, complaints that are outside of its jurisdiction, and complaints that are untimely.

[50]Ontario Human Rights Commission, *Guidelines on the Application of Section 34 of the Ontario Human Rights Code*, (1996 – OHRC).

that a refusal to process complaints submitted by organised employees has become the normal course of operations. Cases in which a decision to decline to process has been taken have tripled since introduction of the policy in 1993.[51]

Union counsel report that the Commission refuses to process cases when they learn the complainant works under a collective agreement, even in most cases where there is concern expressed that the union will not support a grievance to arbitration and there is a possibility of a claim against the union as well as the employer.[52] The justification most often offered for declining to proceed in cases where the union may not support a grievance to seek redress for discrimination or may even be a party to discrimination is that the employee may seek redress before the Ontario Labour Relations Board (OLRB) on a duty of fair representation complaint against the union. However, those familiar with the jurisprudence on duty of fair representation complaints before labour boards will know that the prospects of success on these claims are quite slender.[53]

The Ontario Human Rights Commission has asserted that its 1993 policy has been a great success, enabling it to get to a point where it now is able to process in a year as many or slightly more cases than it has opened for that year. It should be noted that the Ontario Commission has also recently embarked on pilot projects using private mediation services to attempt to help it clear its backlog of cases. In 1999, it claimed that these types of efficiency measures enabled it to resolve approximately 60 per cent of its incoming cases within 6 months.[54] But the question that has to be asked is what price has been paid in terms of access to justice to attain these efficiency gains?

First, there are the very obvious concerns that a three fold increase in complaints where the Commission declined to process must mean that at least some individual claimants are being denied access to any forum to protect their diversity interests from discriminatory treatment.

At the same time however, I think far too little attention has been paid to the consequences for access to justice for diversity groups of the increasing privatisation and collectivization of processes for the administration and enforcement of individual statutory and *Charter* rights. Human rights commissions are not alone in their new respect for labour arbitration as the appropriate forum to protect the most fundamental rights of organised workers. In the recent decision of

[51]"Ontario Complaint Guidelines Cause Rejection Rate to Triple" (Jan/Feb. 1999), Lancaster's Human Rights and Charter Law Reporter, Vol. 15, No. _, at 3.

[52]Conversations with union side labour lawyers in Toronto. Some counsel have suggested that employees now frequently make complaint against the union as well as the employer in the hope that this will force the Commission to process the complaint. The suspicion has been expressed that it is the Commission's awareness of this practice that has led it to decline to process complaints even where the union is identified as a potential respondent.

[53]Average rates of success in B.C. and Ontario in recent years fall between 1 and 5%. There is an added problem with attempts to rely on OLRB processes to address discrimination and diversity issues under its duty of fair representation jurisdiction or its occupational health and safety legislation. Some labour lawyers have expressed the view that the OLRB is concerned, in this world of declining resources to fund its operations, that it cannot afford to have downloaded upon it the OHRC's mandate to deal with employment discrimination issues. It has itself made several rulings in recent cases that while it may have jurisdiction it should defer to the greater expertise of the OHRC on discrimination issues. See for example, *Meridien Magnesium Products Ltd.*, [1996] O.L.R.B. Rep. 964 (MacDowell) in the occupational health context. For an example of the kinds of circles that an individual employee seeking redress on a discrimination in employment claim can face see *3M Canada Inc. v. C.A.W., Local 27 (Chapman)* (1997), 64 L.A.C. (4th) 213 (Knopf).

[54]Supra, note 31 at 3, citing the Commission's 1998 Annual Report. It should be noted however that the backlog still was large with over 1200 cases that were at least 2 years old.

Weber v. Ontario Hydro,[55] the Supreme Court of Canada held that grievance arbitrators should have exclusive original jurisdiction over the claims of unionized workers to protect their rights under the *Charte of Rights* as long as the factual nature of the dispute could be said to arise expressly or inferentially under the collective agreement. Through decisions like *Weber*, the administrative practices of human rights commissions (under statutory discretion provisions like s.34 in Ontario) and outright legislative transfers to private processes such as the 1996 amendments to the *Employment Standards Act*,[56] we have embarked on a trend of transferring jurisdiction over statutory individual rights claims from public officials and tribunals to private organizations and procedures — unions and grievance arbitration.

This raises several questions. What is the impact on the protection and evolution of statutory public rights of assigning the adjudication of these claims to privately appointed arbitrators whose future employment depends on the satisfaction and acceptance of the parties to a collective agreement, the union and the employer, NOT the individual or the government who one assumes are most concerned with the protection of public statutory rights?[57] What will be the long term effects of the assignment of responsibility for the protection of individual statutory rights to collective processes in which decisions to support claims and seek enforcement will be affected by the collective concerns of the union and all of its members? Unions and grievance arbitration are institutions of our collective bargaining regime and were designed primarily for the reconciliation of collective interests without undue disruption of production. Although they have some capacity to deal with individual rights issues, we must always remember that this is not their primary mission or institutional bias.[58] The submission of jurisdiction over the protection of individual rights and diversity interests to collective processes and institutions appears quite questionable in public policy terms, especially when one is considering the enforcement of constitutional and quasi-constitutional minority equality rights.[59]

[55][1995] 2 S.C.R. 929.

[56]These amendments made grievance arbitration the exclusive forum for complaints under the Ontario *Employment Standards Act* for employees who were covered by a collective agreement. R.S.O. 1990, c. E. 14 as amended, s. 64.5.

[57]Similar concerns might also be expressed about significant numbers of complaints that are being diverted to private mediation for resolution by mediators whose primary criterion of success may be their settlement rate and not the attainment of substantive equality or compliance with the principles and values of the human rights legislation.

[58]Of course we must recognize that collective and production interests are taken into account in resolving claims in human rights commission structures and the statutory provisions recognize their significance in the concepts of bona fide occupation requirements and the limitation of undue hardship on the duty of accommodation. But the issue addressed here is the impact of transferring jurisdiction over the role of giving meaning to these concepts to institutions and organizations that have a collective bargaining bias as opposed to a human rights bias.

[59]The notion that unions and employers could be placed in a position to barter the settlement of individual grievances concerning human rights or *Charter* claims in exchange for the protection or promotion of collective interests, and thereby foreclose access to any forum for consideration of those claims is very disturbing in terms of ensuring access to justice. In terms of the submission of jurisdiction over *Charter* rights to grievance arbitration, Madame Justice Arbour raised these concerns in the Ontario Court of Appeal ruling in *Weber*, (1992), 98 D.L.R. (4th) 32, but her reasons were ignored by the Supreme Court of Canada.

It should be noted that most union officials are also not pleased with these developments. They recognize the concern for protection for individual rights that is raised by these developments. They are also deeply disturbed by the downloading of the costs for enforcement of human rights and *Charter* rights from governments on to union budgets that results from this transfer in responsibility.

CONCLUSION

The concern raised by the twin spectres of privatisation and collectivisation of processes for the enforcement of *Charter* and human rights is that the tenuous balance between the values of access to justice and substantive equality and the values of efficiency and the market that is inherent in any regime for the protection of human rights will gradually be skewed in favour of the values of the market. It was this tendency of private actors and private processes to favour the values of the market over those of substantive equality and respect for human dignity that led to the call for significant intervention by public agencies to protect human rights in the post war period. We need to be vigilant to ensure that the current ascendancy of the values of efficiency and less government do not undermine our ability to provide access to justice in the form of substantive equality of opportunity for members of diversity groups. The promise of equality and protection for diversity interests offered by recent legislative and judicial developments concerning the substance of our *Charter* and human rights law has never been greater. But the realisation of that promise for many members of diversity groups is threatened by our failure on several fronts in recent years to develop appropriate delivery mechanisms for access to justice. These shortcomings include: a failure to find acceptable and effective mechanisms for the imposition of employment equity measures on a system wide basis for most Canadians; a failure to provide adequate resources for effective mechanisms to handle individual discrimination complaints under traditional human rights regimes; and a trend towards the privatisation and collectivisation of processes for resolving individual *Charter* and human rights complaints. All of these developments, with the possible exception of the first one, appear to be driven primarily, if not solely, by efficiency concerns. The struggle to overcome these shortcomings and refocus our efforts on access to justice for the protection of diversity interests will be very difficult in an era where the values of the market and efficiency concerns are so prominent that Canadians, or at least Canadian governments, seem prepared to tolerate the under-funding of health and education delivery programs despite the attainment of budget surpluses and significant tax cuts.[60]

The answer does not lie in recognising a right, constitutional or otherwise, to sue in regular courts for violation of equality rights.[61] Nor does it lie in assigning the functions of a government human rights commission to unions or other private collective organisations. What is required is nothing less than a recommitment to the values of access to justice for the protection of diversity interests and a search for new resources and public mechanisms for delivery that will allow us to close the gap between promise and experience. But we must be careful in considering alternative delivery mechanisms to focus more on their effectiveness in protecting diversity interests than their efficiency in clearing caseloads.

[60]This comment is perhaps unfair to most Canadians as public opinion polls at the time of the 2000 federal budget found that Canadians widely favoured greater spending on health care and education as their top priorities, far ahead of tax cuts which were 6th or 7th on the list.

[61]Some critics have suggested this as a solution, at least on an interim basis until governments return to adequate funding for a public human rights regime. See Mullan, *supra* note 22, at 665. But this is obviously not a viable long term solution for access to justice for the majority of members of diversity groups because of the extremely high cost of civil litigation. It should be noted that there is currently a review of the *Canadian Human Rights Act* underway by a government appointed task force.

The Role of Citizens and Communities

Carol McEown

British Columbia Legal Services Society
March 2000

I have three stories that I think might help frame our discussion this morning.

In the mid-seventies, community law centres were in fashion. In the middle of the province the Gitxsan and We'etsu'eten received funding to establish the Upper Skeena Counselling and Legal Assistance Society. An early staff member, in a letter for an anniversary event, recounted her initial reluctance to be part of this new organisation dealing with legal issues — there was little case law on aboriginal rights at that time and her people's experience with the law was not positive.

USCLAS offered the usual services of a community office, public legal education workshops, information, assistance and representation on non-tariff matters to aboriginal and non-aboriginal population of Hazelton. But soon it was also dealing with aboriginal rights issues. The first were hunting and fishing rights cases, and the storyteller believes that it was a fishing case that altered the perception and attitude of her people of the law and the courts. She wrote:

"This was when our fishermen took on the system and the courts to protect Gitxsan fishing rights. Twenty-three charges were laid on 17 of our people and family nets had been seized. The charges were bandied about in the courts for over a year until our chiefs decided to take the system on. The nets illegally seized by the Fisheries officers were retrieved when our chiefs marched into their office, into the holding rooms and took back their nets! A judge who was instrumental in keeping the cases afloat in the court was gotten rid of when we challenged his racist comments and finally, the Supreme Court of BC assigned a judge who heard all charges in one day. The cases were thrown out of court! What a memorable victory! This was a stepping stone to developing cases to set precedent to set the stage for land claims research"

This is an example of a community able to use the justice system to make it work the way it is supposed to work. By successfully asserting their rights, they learned that they could use the law to promote their interests.

The community was later successful in negotiations with the provincial government to create band child welfare committees and new protocols to protect aboriginal children and keep them in their communities. This was an excellent example of good citizenship and community involvement in reforming or changing a system to benefit the community. Their actions had a real effect on the larger community, how we see aboriginal people and their claims for justice.

The second story is about the efforts of community groups to help people appearing un-represented in family courts. In the mid eighties, during BC's recession, the province and then legal aid stopped providing lawyers services to people in family court. The PLE program produced some simple self-help publications to assist people who wanted a judge to make the decision.

People, mostly women, were turning to women's groups, court workers and poverty groups for help. The Public Interest Advocacy Centre in BC was asked by the federated anti-poverty groups to train community advocates to help people with their family court applications. A program was developed and funded, in part by the Department of Justice, to provide family court advocacy training to assist people to help applicants and respondents fill out family court forms and prepare their cases. Community groups who sponsored the training had to meet three criteria. They had to:

1) Demonstrate a need for the service.

2) Make a commitment to provide the service, including coordinating volunteer advocates.

3) Agree to establish an advisory committee with representatives from the family court/ justice system who would be willing to provide support for the work.

There was a great demand for the training programs and most workshops were oversubscribed. The evaluations of the training sessions were very positive with participants and representatives from the advisory committee rating the workshops as excellent. Family court advocacy services were provided through community groups in 18 centers. A follow-up evaluation, two years later, found that half of the advocacy projects had moved away from helping clients to represent themselves to providing information, referral and 'emotional support'.

Two critical elements were needed to make the project work. The community group sponsoring the program had to have stable funding, sufficient resources to manage the program and credibility in the community. As well, it needed one person in the family justice system as a partner. Without staff and community credibility, it could not maintain the services. Without the support of someone in the system, it was too hard to continue to provide the service. Clients weren't referred, their work was challenged, backup wasn't available.

We have now experienced our umpteenth study of civil justice, especially family law matters. Again, as in the early 80's people have asked for the law to be clear, alternatives, such as mediation to be available, and that the legal process be kept simple. What we have now is a system so complex, so fragmented it is "crazy making". Mandatory parenting programs, mediation, child support guidelines, case management, case conferences, complex rules reduce peoples' access to the legal system.

Again, as in the early 80's we have reduced publicly funded legal services for family law matters. This time the explanation is not just related to costs. The rhetoric is not about options but about showing people how to do the right thing, be good parents, not fight about money, be understanding.

And again, we have been asked by community groups and others to develop self-help publications and training. The 12-page booklet has become 60 pages, the financial form has grown from 2 pages to 10 pages. The rules are much more complex forcing people through many doors and forums before they can ask a judge to make a decision in their matter. What could have been made simpler, with the notion of the child support guidelines has become a maze.

How does this happen? Is it lawyers continuing to make the system more and more complex so that they will continue to maintain their role? Judges trying to keep unrepresented people out of their courts or making sure that their time is used wisely? Bureaucrats trying to implement policies that capture the current thinking of

academics? Politicians responding to proposals of interest groups (also known as the community)?

What seems to be missing from all of this is any kind of cooperative effort that recognizes and respects the individuals trying to get help with a problem that they and the government have clearly defined as having a legal solution.

The new youth justice reform initiatives are another opportunity to work with the community and create new partnerships. I attended a meeting to discuss the new youth justice initiatives last month. At that meeting, we were told that British Columbia was much further ahead of other provinces in introducing restorative justice programs for youth. These programs were community-based, solutions oriented intended to keep youth out of the court system while helping them to be accountable and take responsibility for their actions.

When asked where the money would come from to support the programs, we were told these programs could save money. All the community needed to do was convince corrections and the provincial government to use less money for lock-ups and put it into alternative programs. When I spoke to the province, the response was that if the programs were funded, they would no longer be true community initiatives.

At my next meeting with some teachers and youth workers, I heard stories of kids who would never have been charged, agreeing to 'sentences' that were very punitive. They didn't know they had a choice, nor was their community represented in the panel. I heard from community workers who wanted to know where the resources would come from to provide the services that were needed to help youth at risk stay out of trouble, and become responsible members of society. The questions that need to be addressed are the ones that we have raised in earlier stories.

1. There are many communities. Where is the venue to discuss the different views of justice and to learn about other ways to provide justice?

2. Programs developed by one community may not be appropriate for another. Alternative dispute resolution models or restorative justice are seen as the new saviors of the justice system.

3. How do we get the justice system to share its power and its resources?

THE JUDGEMENT OF WIDER COURTS

Gilles Paquet

Centre on Governance
University of Ottawa
March 31, 2000

If you only have a hammer,
everything looks like a nail

Anon.

INTRODUCTION

As most commentators would agree, access to justice is part of any just society. This does not only mean either access to the justice system (if by justice system one refers exclusively to the courts as usually understood i.e., the formal courts of law) or access to law and the formal legal apparatus. Justice is a much broader concept. In order to connote this broader concept of justice (while not sinking the notion of justice entirely into a philosophical swamp), I will use the expression wider courts. It may be neither the most elegant label nor the most enlightening, but it will serve our purpose here.

The March 31, 2000 symposium of the Deputy Minister of Justice of the Government of Canada was entitled Expanding Horizons: Rethinking Access to Justice in Canada. It focused on the emerging challenges facing those who wish to ensure that Canadians have access to justice (in this broad sense mentioned above) in an increasingly complex environment.

This is not the first time that the issue is examined in Canada. Steven Bittle (2000) has reviewed the previous Canadian conferences and symposia on this theme in a background document for the present symposium. But the March 31st symposium was meant to be of a special nature from its inception. It was launched with an unusual invitation by the Deputy Minister to explore the concept of access to justice beyond its traditional boundaries and into wider courts so to speak. Morris Rosenberg, the Deputy Minister of Justice, called on the participants to go outside the box and to use lateral thinking in developing strategies for better ways to provide access to justice for Canadians.

This invitation to self-subversion by the legal establishment (indeed the establishment constituted a significant portion of those participating) was surprising for some. The *confrérie* of lawyers and law professionals is traditionally very conservative. It is also perceived as being quite defensive when it is accused, as the professional group at the core of the formal system, either of not doing enough or not doing the best of all jobs in providing optimal access to justice for all Canadians. The exhortation to explore widely extra-murally and to roam freely over a much wider territory than the traditional courts sounded subversive.

A MULTI-VOICED CHALLENGE

The first session of the symposium was meant to provide the participants with a sense of direction in their search for new strategies for optimal access to justice by Canadians. The multifaceted message that emerged from that session might be summarized in a few words:

the record of Canada on the matter of access to justice may not be as enviable as is usually believed. Another way of putting this central message (coming from two eminent jurists and an astute observer of the law/justice scene) is that the "fortress" of the formal justice establishment as defined by the traditional courts is not impregnable, that there even is "péril en la demeure" when one examines carefully the "house of justice" in Canada.

This situation is ascribable in part to the challenges mentioned by Mark Kingwell (2000) in his essay prepared before the symposium: growing population diversity, globalization, changing political/cultural interface, new role of technology, and new forms of citizen action. But the core of the messages put forward during the introductory session went much beyond simple warnings that the world has become more complex.

Judge Turpel-Lafond (Saskatchewan) issued *a message of anxiety*: the justice system may not serve the community well. What is in place for Aboriginal groups, for instance, is more akin to a **prison industry** condemned to a recycling of deviants. Even though there has been a certain highbrow intellectual interest in restorative justice, it has not translated into meaningful action on the front line. From the vantage-point of a Western Canada judge, the fortress is seen as inadequate.

Roderick Macdonald (Law Commission of Canada) issued *a message of disconnection*. He reflected on the chasm between "the official system" (the formal system of lawyers, courts and formal justice) and the real 'living law of everyday human interaction". Acknowledging the Kingwell/Turpel-Lafond diagnosis that, as human interaction becomes more complex and takes different flavors, official justice disenfranchises more and more the ordinary person, he concluded with a plea for more opportunities for citizens to participate more fully in the justice system or more precisely in the lawmaking process.

Jacques Dufresne had *a message of denunciation*: for him, the formal justice system is the source of the problem. The formal judicial institution, the fortress, is preventing the normal carrying of justice. Instead of preventing problems, the "official system" is aggravating the problems and may even be the source of injustice. The lack of preventive justice to avoid recourse to the formal system is seen as a major gap that prevents citizens from having access to effective justice. This led Dufresne to suggest that a "justice douce" (in the sense that one talks about une médecine douce) might be in order and he illustrated the ways in which such a process would work by making reference to the preventive work of notaries in the Quebec justice system.

The message was loud and clear: the formal justice system is failing in providing adequate access to justice for Canadians. Whether the failure is mainly an upstream phenomenon (i.e. as a result of inadequate preventive justice), in the stream *per se* (i.e. as a result of the disconnection between the official system and real-life human interaction) or downstream (i.e. as a result of a simple "gotcha" approach of the formal justice system and the lack of any serious commitment to restorative justice), it is clear that the official system is failing the citizenry.

The first plenary session did not suggest that these three perspectives on the ways to improve access to justice by more prevention, by better connection, and by more restorative work were the only ones. Indeed, sprinkled in the three papers, there was reference to parallel and alternative processes that were already providing justice outside the formal system. These broad-ranging and at times provocative statements set the stage very well for probing debates and imaginative inquiries. They launched a symposium that

promised to live up to the expectations of the Deputy Minister, and could be expected to come up with creative ways in which access to justice might be improved.

THE FORTRESS, THE BARBARIANS AND THE PLUMBERS

Following the introductory plenary session, the symposium participants were spread out in four parallel workshops to pursue the search for alternative and improved ways to ensure better access to justice. These workshops were meant to bring together participants from all walks of life (from inside and outside the formal legal system). The final assemblage of participants turned out to be (not as a result of the pattern of invitations sent out but as a result of many persons being unable to attend because of previous commitments) permeated by officials of the formal justice system to a greater extent than had been anticipated. But there were still a significant group of non-lawyers representing a variety of non-formal-system perspectives in attendance at the symposium.

The first three workshops were constructed around the concerns of groups outside the fortress of the formal justice system: (1) the citizenry and communities, (2) the diversity of groups making up the Canadian social fabric and those concerned with their welfare, and (3) the economists who have a perspective on the justice system quite different from the lawyers. The fourth workshop was focused on the examination of alternative instruments and partnerships that might be used to improve access to justice.

I refer, somewhat lightly but not unkindly, to these groups outside the fortress of the official justice system involved in the first three workshops as the Barbarians because of the fact that the "insiders" in the formal justice system (very much like the Romans vis-à-vis the Ostrogoths and the Visigoths) are very much in the habit of regarding the "outsiders" as being *different in kind*.

The first three workshops were designed on the assumption that the best way to expand the horizons of the inhabitants of the fortress is to invite these different groups of outsiders to comment on the rationale for the existence of the fortress, on the work of the fortress, on ways to invade the fortress, on its relative importance, on the reasons to want to be inside, etc.

The lay community (whatever it might be) often feels a strong sense of exclusion and feels at times that it is regarded by many in the official system as somewhat irrelevant, or tediously tiresome. Yet, there is also a strong feeling that the lay community and the citizenry in general should participate not only in the process of law-making, but in the process of production of justice. So, one could have expected major challenges to be mounted by the Barbarians when invited to visit the fortress.

However, this outburst of passion and denunciation did not materialize. Tact and civility prevailed, to the point that passion did not appear strongly in the debates in the workshops, at least not visible or audible to the external observer migrating from session to session. Debates were informative and informed, but one did not see emerging from these debates emotional attempts to put forward major proposals designed to reframe the "access to justice". What evolved was a serene discussion of many aspects of the complex questions of how citizens and communities might get involved, of how the new Canadian diversity can be taken into account, and how economic dimensions of justice should be handled.

The fourth workshop was dedicated (at least from a preliminary look at the program) to more

mundane matters of fine-tuning of the existing system (plumbing issues one might say lightly but not unkindly) even though it mentioned partners and alternative delivery mechanisms. This fourth group took the mandate it was given to heart and was surprisingly subversive. It is as if this work within the confines of the official system (or at its immediate periphery and within the logic of the fortress) allowed participants to explore less self-consciously the boundaries beyond which one might want to go.

ECHOES FROM THE WORKSHOPS

It is difficult to reconstruct the full texture of intelligent, rich and informed conversations for someone who hopped from session to session. It is not unlike trying to reconstruct a snowstorm from the dew of the few flakes that melt on our face (John Updike). One is bound to be selective and therefore partial of necessity in such circumstances. However, since the reports of careful note-takers will be available, my idiosyncratic summaries might be easily corrected if they turn out to be misleading, would therefore do little harm, and yet might help to underline some basic themes deserving special attention.

(1) Citizens and communities

It was clearly agreed to by participants that there is a role for citizens and communities in the justice system. The debate centered on the difficulty in defining community, in operationalizing the roles of citizens and communities, and in ensuring that the requisite infrastructure needed for the citizens and communities to operate effectively in a world (1) where the courts are not the only forums the citizens need to access and (2) where circumstances are such that a "one size fits all" strategy is not useable, would be put in place.

This process of inclusion was perceived as being particularly difficult to engineer by citizens and communities: it is not easy to use "the system". It was perceived largely as a problem of power sharing in which the formal justice system is not willing to share much.

The discussion was focused on civic engagement and the possibility of building bridges enabling communities to play a greater role within the institutional order. Obstacles in the form of inter-jurisdictional squabbles and professional turf-defense were discussed. The focus was mainly on ways to open and reshape the existing formal system to accommodate some input from citizens and communities.

(2) Diversity

The formal system has given recognition with particular force to the argument of access to justice through equal treatment. There has been some "judicial progress" on this front. But it was found that the formal system has not been very successful in developing delivery mechanisms to meet the promise of substantive growth in the "right to equality". Indeed, the processes of privatization of the adjudication of claims (by arbitrators) and of the collectivization of the processes (dealing with groups not individuals) have been seen as an erosion of the public rights basis of human rights. Moreover the argument that these initiatives have efficiency costs has led many to call for some measurement of the impact of these initiatives if one wishes to ensure that the substantive equality rights strategy is maintained.

The challenge of diversity has been posed almost entirely in terms of substantive equality rights and of some sort of accountability for implementation to the minority groups. Surprisingly, in the discussion, diversity was not used in utilitarian terms as connoting a source of dynamic efficiency in modern socio-economies and polities. This is

an argument one often hears about pluralism. Rather the term "diversity" was used almost exclusively as a public value standing in contradiction with efficiency. This was surprising and (together with the focus on substantive rights) limited considerably the scope of the inquiry.

Reference to Aboriginal groups and to minority groups underlined the new forms of accountability to minorities generated by the formal system of justice, and led to explorations of the impact and import of the effectiveness of the measures to promote access to the formal justice system.

(3) Economics

Economists and lawyers are often at odds when dealing with justice. Economists have a rational model of the world and a central concern for efficiency. Moreover, the profession has a strong taste for measurement. In dealing with the justice process, economists have therefore applied their rational model, have celebrated the primacy of efficiency, and urged all concerned to quantify outcomes.

The study of legal aid programs has been used to illustrate the unfortunate consequences of a world without outcome measurements, but the focus of discussion was the process of resource allocation within the justice system. The argument made by economists is that outcome and impact measurements and evaluation studies can help to determine where the resources would have a more potent impact, and therefore should determine where the resources are allocated.

The case for the importance of research and measurement in determining resource allocation within the justice system is obviously strong. Moreover, the suggestion that outcome measurements may serve as surrogate numbers for what the price mechanism reveals in the private sector is reasonable. However, the temptation to ascribe too much potency to the rational model or to lionize quantophrenic exercises was not always altogether avoided in the debates.

(4) New mechanisms and partners

The richness of the debates around the exploration for new mechanisms and partnerships in the delivery of justice was both surprising and yet predictable. The relatively secure boundaries of the debate that was deeply rooted in efforts to improve the existing system (not challenge it) led in fact to interesting probings much beyond the original mandate.

It all started with the need to define some rationale for the need to improve the justice system and some benchmarks by which it might be said to have been improved. This led to an exploration of the type of society Canadians want, and consequently of the type of justice it may wish to have.

It was recognized from the very beginning that the diversity of the Canadian population, and the unequal distribution of income and wealth but also of access to power, made it impossible to accept that a one-size-fits-all system would work. It was felt therefore that there is a need (1) for an agreement upstream on some basic principles, a sort of Magna Carta B that would guide the exploration, and (2) for an acceptation that it would be through "local justice" (i.e. an effort to work at the level of the different groups, disputes, issues, etc.) that one can expect to fine-tune better practices, and not through broad-ranging accords (Elster 1992).

The whole notion of culture of justice was debated, the difference between criminal and social justice, the pros and cons of a strict and simple reliance of the rule of law, the tyranny of majority rule, etc. New partnerships and new mechanisms were defined as having to be sought

within this dual set of constraints of broad principles and local settings (Foblets 1996).

A FEW ROADS LESS TRAVELLED BUT...

A few points were mentioned in each workshop like the need for more resources, even though some insisted that what might be required is also different types of resources. A case in point had to do with the new type of resources that restorative justice might require. The Elders, imposed upon by the community in the context of restorative justice, may very well develop a certain fatigue when the same persons are time and time again used by the process. This can only lead to the initiative falling out of grace.

But many points made forcefully at one moment or another in the discussions fell like a lead balloon, for one reason or another. Some of those would appear to deserve at least some mention in the proceedings of the symposium.

1) The first one has to do with the basic inertia of the formal justice system. In the same manner that economists accept to speculate on a world without a Bank of Canada, it should be possible to speculate on the impact of some drastic reform or reduction of the formal justice apparatus. It is not in good currency to do so. This entails that many aspects of the formal justice system avoids serious scrutiny. For instance, the inflation of formal laws and regulations has generated an increase in courts activities galore. It might be worth exploring whether this expansion of the formal justice system has in fact increased or decreased the production of true justice in this country. Some have argued that the invasion of society by the "rule of law" as interpreted by courts may indeed have reduced the access to justice for Canadian citizens. The case made by Jacques Dufresne for a "justice douce" would call for a much-reduced role for the courts.

2) The second point pertains to the importance of the financial aspects of the formal justice system. A system is made of a structure (a set of roles), a technology (some instrumentalities), and a theory (a sense of what the system is there for). The most effective way to destabilize the system and transform it may indeed be to modify its technology (Schon 1971). One may therefore ask whether it would not be important to tinker with the financial technology of the formal legal system. The fee-per-act remuneration in the health care system has had dramatic consequences on the structure of the sector. In the same way, the manner in which one remunerates lawyers can only have an impact on the practice of law and on the way in which citizens access the law via them. Consequently, any attempt to reform the formal justice system might require a modification of the financial infrastructure on which it is built. In the case of medicine, it is felt that only when one is seriously exploring the possibility of repealing the fee-per-act system can the industry be transformed. Comparisons between the Blue Cross system and the Kaiser systems in New York have revealed that the mode of remuneration may impact dramatically on the efficiency (doing the thing right) and the effectiveness (doing the right thing) of the industry. Indeed, the refusal to focus on "wordily" aspects of the justice system like remuneration may indeed prevent real change (Paquet 1994).

3) The third point deals with the "rights and entitlements" focus of the justice system as it exists in the formal legal structures. This stands in sharp contrast with the "needs-based claims" of the citizens: the need to ensure that one can walk safely at night in

our cities, the need for a divorce that will not cost $100,000, etc. It may be argued that the focus on rights has led the system either to ignore needs, or to regard rights as the only way to ensure that the needs for justice are met. In fact, there are all sorts of other legitimate problem solving mechanisms that come to mind and all sorts of new actors that appear useful when needs are becoming the focus of attention. Indeed, the purpose of the real justice system is to eliminate servitude, to attenuate unfreedoms. A needs-based approach may contribute significantly to eliminating the pro-courts or pro-formal justice system bias of the rights approach. The very creation of many wickets where citizens could find alternative ways to resolve their problems or satisfy their needs would do much to increase their freedom.

A FEW PARADOXES

The many pressures being brought to bear on the justice system and the call to arms to ensure access to justice have compounded in ways that have led to some paradoxical situations. A paradox is a statement apparently self-contradictory. It is often the most important source of renewal since it calls for issues to be re-framed in order to avoid the contradiction.

The first paradox that struck observers at the symposium emerged, on the one hand, from the central recognition by most of the participants that in the carrying of justice there is no one-size-fits-all and that therefore issues must be resolved locally. On the other hand, the whole philosophy of rights has its basis in substantive equality. It is difficult to see how this call for substantive equality and sameness can be reconciled with local justice or different standards being applied according to circumstances. This paradox strikes at the heart of the formal justice system and challenges its present incapacity to provide the requisite amount of casuistry. Indeed, this is a paradox that is ever present in the Canadian context. Quebec has found it impossible to get the rest of the country to allow it to be equal but different, because as soon as one invokes le droit à la différence, this always strikes the opponent as tantamount to requesting a favorable or preferred treatment. Equal but different is however exactly what would appear to be the foundation of the new flexible system based on local justice, or the acceptance that there might be various windows to give access to justice.

The meta-level at which a paradox like this one can be resolved is one in which the equal but different is transformed into something like different but united. It suggests that there are ways to secure compromise and flexibility so as to have broadly agreed general principles (Magna Carta) and decentralized adjudication through different mechanisms and via different channels (local justice). The challenge of generating such meta-solutions will be an important one for jurists. Indeed, one of the value-adding contributions of the symposium has been to put such a paradox front-and-center and to suggest that it must be resolved if one is to be able to define workable conditions for an improved system of justice that would allow a requisite variety of access points and avenues or channels through or around the Fortress.

The second paradox is equally daunting. It suggests that the call for inclusion and participation in the justice process may challenge some fundamental features of representative democracy. Indeed, this sort of intervention in the judicial process (upstream in the case of preventive law, in the stream more directly or through alternative legal avenues, and downstream in the case of restorative law) challenges the usual democratic method of electing representatives

or choosing officials, and then allowing them to take the decision for the collectivity.

The very participation in the justice process that is requested would appear to challenge the validity of the process of representative democracy that has generated and supported the existing legal order (Hermet 1997). Indeed, participation and inclusion are often seen as short-circuiting due process, as potentially derailing the normal ways.

It is unlikely that this can be resolved without a very serious reinterpretation of the very notion of representative democracy and of its legal institutions. Again, this is a challenge that the symposium has raised for the jurists to tackle, and one that calls for much creativity.

CONCLUSION

It is unwise for a rapporteur (however much freedom he has been granted in the dispatch of his functions) to use more air time than the palavers he is supposed to report on. So allow me in closing to mention some conclusions from the symposium deliberations. These conclusions are of necessity idiosyncratic since I could not be everywhere, but they should serve as a set of hypotheses that might be used to validate one's own experience or in reading the detailed reports of the workshops note-takers.

It would appear that in order to improve access to justice, one might very usefully do a number of things in the short run.

First, it was clear that the development of an improved justice system (that would go much beyond the formal one and that would provide improved access to justice for the citizens) depends on an agreement about the sort of society we want and the sort of justice we want. It is important to bring forth such a Magna Carta defining loosely these values for only such a statement can serve as a sextant in the exploration of the different ways in which citizens should gain access to justice, and in the definition also of what is and is not acceptable.

Second, it was also clear that one cannot explore the different possible alternative mechanisms or alliances with other groups in defining an improved system of access to justice without a better knowledge of what experiments have been conducted, and with what degree of success, in Canada or elsewhere. Such a catalogue does not exist. It would appear crucial to ensure that it is prepared forthwith.

Third, there must be an explicit effort to encourage the maximum amount of experimentation and innovation in the development of better access to justice. This can be done however only if there is a change in the culture of the justice system. This in turn can only be effected as a result of an explicit effort to pro-actively promote, foster and support innovation by the senior officials of the Law Commission and of the different departments of justice acting in concert. In a way, the symposium might be seen as Phase I in the process of the development of the necessary cultural support for the exploration and search for better ways to continue.

These shortcuts may appear of limited import, but they are meant to prepare the way for more fundamental changes in the long run.

First, the combination of a loose statement of the Canadian philosophy of justice, a more complete catalogue of what works and does not work, and a pro-active support of innovation will tend to generate the emergence of basic national principles that may be of greater use in the development of a new architecture of more accessible justice institutions than a vague Magna Carta.

One could do worse in the definition of these national principles than to start with the suggestions of Amartya Sen who has put at the center of the whole process of social, economic and political development the freedom from different servitude or the elimination of unfreedoms due to a lack of political margins of maneuverability, of social opportunities, of economic possibilities, and of transparency and security guarantees (Sen 1999).

Second, one has to strive for the establishment of a *distributed justice system*, a system where justice is available in a variety of forms, from a variety of sources, and through a variety of channels, so as to ensure that the citizen has a true access to justice. This is truly Phase II in the process of development of a new culture of access to justice. Already, the road to distributed governance has been explored (Paquet 1999) and it has been shown that it generates higher performance. The governance of the justice system needs to follow the same path.

But this drift toward a different justice system that is more distributed is unlikely to be smooth. The reason for this is simple: such a road is likely to be fraught with difficult times, but also with setbacks and mishaps. So, in the long run, one must also be able to ensure the requisite "negative capacity" (as Keats would call it), i.e., the capacity to keep going when things are going wrong. A third long-run initiative therefore entails the construction of the necessary support systems to help the reformers both in taking a creative part in this multilogue with the citizenry and in withstanding the chilling effect generated by setbacks in any change venture of this sort. For without such support system, reform is doomed.

Roy Lewis has analysed this sort of situation in a satirical mode in his famous *What We Did to Father* (1960) in which he portrays the experience of evolution of a community of tree-dwelling apes discovering fire, inventing tools and being carried forward by progress away from the security of their trees. In such a transitional world, every unfortunate turn of events is always an occasion for reluctant participants to denounce progress and to seek to launch a "back to the trees" movement.

One may reasonably anticipate that every setback in this massive transformation of the justice system will trigger another version of the "back to the tree movement". It is therefore crucial that there be ways to immunize the justice system against such setbacks. This is one dossier where the justice system may have to turn to non-jurists for help.

BIBLIOGRAPHY

S. Bittle 2000. Previous Conferences/Symposiums (mimeo 8p.)

J. Elster 1992. Local Justice. New York: Russell Sage Foundation.

M.C. Foblets 1996. "À la recherche d'une justice perdue B Les procédures alternatives de règlement de conflits" Journal of Legal Pluralism No.36, 9–20.

G. Hermet 1997. La démocratie. Paris: Flammarion.

M. Kingwell 2000. Citizen Access to Justice: Issues and Trends for 2000 and After (mimeo 11p.)

R. Lewis 1960. What We Did to Father. London: Hutchinson.

G. Paquet 1994. "Grandeurs, limites et scandales: fondements éthiques du financement des systèmes de santé" in J.M. Larouche et al. Éthique, santé et société. Ottawa: Center for Techno-Ethics of Saint Paul University, 21–46.

G. Paquet 1999. Governance as Social Learning. Ottawa: The University of Ottawa Press.

D. Schon 1971. Beyond the Stable State. New York: Norton.

A. Sen 1999. Development as Freedom. New York: Knopf.

APPENDIX C

Ms. Cherry Kingsley from Save the Children-Canada wrote the following letter. Due to prior commitments, Ms. Kingsley was unable to attend the Symposium. She therefore requested that her letter be included in the final Symposium report as a way of providing voice to sexually exploited children and youth in Canada.

Dear Mr. Rosenberg:

I am writing this letter as I am unable to attend the "**Rethinking Access to Justice**" forum, being hosted on March 31st, 2000.

I am deeply disappointed that I cannot attend because "access to justice" is an issue facing commercially sexually exploited children and youth in Canada daily. I am currently touring across Canada consulting with sexually exploited Aboriginal youth in rural, on-reserve and urban communities, and unfortunately March 31st is the date of the talking circle that I am facilitating in Toronto. Within the transcripts of the talking circles are hundreds of young people' stories reflecting the experiences of hundreds more. Because I am not able to share all of their stories in this letter, please contact me for transcripts.

I would like to reflect on what the youth have been telling me about their needs, with the hope that the information will be helpful to your discussions. I hope this information can be shared with the other participants and considered in your outcomes. I would feel badly if the only reason their voices went unheard was that I wasn't able to attend.

I want to tell you a little about myself first. I am from the Sewepmec Nation in central British Columbia. I am currently employed by Save the Children-Canada as the manager for **Out From the Shadows and Into the Light**, a national project to address the commercial sexual exploitation of children and youth in Canada. This issue is of utmost importance to me, as I was involved for eight years in the sex trade in Canada.

I became involved in the sex trade at the age of 14. I grew up in a very abusive home with my mother and stepfather. Everyday there was alcoholism, neglect, violence and sexual abuse. The first time I ran away I was five years old, hiding in the backyard because I didn't want to go home. There were many, many times the police were at our house because of our parents fighting. They would ask my parents to quiet down because they were disturbing the peace, look at my sister and I, and leave. Once, in the middle of the night I asked a neighbour for help, only to be sent back home. I even asked a teacher once for help. She phoned my mother and when I got home I was beaten. I never again asked for help from a stranger.

When I was ten, I was put into state care in Calgary. My sister and I were immediately separated, and what followed was a series of 20 placements. I lived in foster homes, receiving homes, assessment homes, shelters and secure care. While moving around was painful, the shame and stigma of being a "welfare kid" felt worse. It was clearly understood and articulated that people in the community didn't always like group homes or foster homes in their neighbourhoods, and many of them didn't want us to associate with their children. I never felt that I could talk about my abuse, loneliness or feelings with anyone. The only friends I had were an older couple.

On reflection, there was nothing really special that they did to entice me, no promises of money,

glamour or parties. Instead, they just used to hang out with me, and they would listen to me. Sometimes we would go for coffee or a movie, and when I didn't want to go home (or wherever I was living), they would let me stay with them. When I was fourteen, they asked me if I wanted to go to Vancouver with them. They said they would take care of me, that I could go to school where no one would know me and know that I was abused or in care. Of course I went with them. All I ever wanted was to just leave all of that behind.

The night we arrived in Vancouver they told me they only had money for one night at a hotel and that I would have to go and "work". I didn't really know what they meant other than what I had seen on television. I didn't understand what I was really going to have to do. "Working," meant standing on a street corner, sometimes eighteen hours a day, sometimes more. Sometimes there was eight clients a day, ten clients, sometimes more. I wasn't allowed to keep my money, and often didn't even have enough change for coffee. I was beaten almost every day, both by my pimp and by my clients as well. When I was standing on the street corner, people walking or driving by me would yell, call me names and throw things at me. Police harassment was frequent. I was afraid to ask for help. Because I had run away I thought that I would be the one in trouble. By fifteen, I was working for a bike gang and had a cocaine and heroin addiction. I stayed entrenched in this life until I was twenty-two.

When I began to heal, I was able to change my life. Healing consisted of many things. Having somewhere to go, finding my voice, and connecting with my First Nations culture. All were, and are, of fundamental importance not only in surviving, but also in truly beginning to heal. For me personally, healing means living in the same world that has abused, neglected, exploited and abandoned me while something in me changes. Through the invitation of community and state services, I am given the opportunity, resources and support not just to survive, but thrive. I am allowed to shine.

Maybe that is justice.

Maybe justice isn't always pointing fingers, making somebody "pay", punitive, or a form of vengeance. Although when you read the papers or watch t.v. you begin to believe that's what justice is. Maybe justice is being allowed to survive and thrive. Being allowed to give voice to who or what is hurting you. Young people told me when I asked them to define abuse, "when somebody hurts you, not to teach you right from wrong or to teach you anything, but because they want to hurt you, whether it is mental, physical or sexual." I had never seen abuse defined that way before. Another youth said that abuse is any thing that hurts so much it limits you in the world, physically, mentally, emotionally or sexually.

If we are struggling to make justice accessible, we have to agree about what justice is. We have to recognise some of the fundamental injustice in our country, and in our communities. Young people don't want justice to mean pain, punishment, vengeance, retribution, "making somebody suffer or pay", finger-pointing, shaming or "locking them up and throwing away the key". Most young people that I talk to want food and shelter, protection from violence and abuse, and the support necessary for education, employment, happiness and healing. To the youth I talk to, that is justice.

I know that people look to the courts for justice, and for fairness in administrative and due process. But young people are looking to their families and to their community for justice. I was in a community that has per capita the

highest suicide rate of teens in the world. In Canada. There was a girl who had been brutally sexually assaulted, and when she disclosed, she was treated with hostility not only by the police, defence counsel, and the courts, but by the whole community. I know that everybody always hears stories like that. But, she wrote a poem, and there was a line that said, "Do I die, or try to live long enough to see justice" If we don't at least talk about justice, some of our children will die, without ever having known or seen justice.

Cherry Kingsley
Manager
Save the Children-Canada
Out From the Shadows and Into the Light
2177 West 42nd Ave.
Vancouver, British Columbia
V6M 2B7

Phone: 1.800.325.6873
Fax: 1.604.437.5885

APPENDIX D

Participants List

Rosalie Abella
Court of Appeal for Ontario
Toronto, Ontario

Lisa Addario
National Association Active in Criminal Justice
Ottawa, Ontario

David Allen
Health Canada
Ottawa, Ontario

Sheila Arthurs
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Patricia Begin
National Crime Prevention Centre
Ottawa, Ontario

Joan Bercovitch
Canadian Bar Association
Ottawa, Ontario

Mark L. Berlin
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Stephen Bindman
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Mary Birdsell
Justice for Children and Youth
Toronto, Ontario

Bruno Bonneville
Law Commission of Canada
Ottawa, Ontario

Nancy Brown Medwid
Legal Aid Society of Alberta
Edmonton, Alberta

Yves B. Carrière
Commission des services juridiques
Montréal (Québec)

Dave Cassels
Radium Hot Springs,
British Columbia

Janice Charette
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Monique Collette
National Crime Prevention Centre
Ottawa, Ontario

Richard Craig
Law Courts Education Society
Vancouver, British Columbia

Albert Currie
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

David Daubney
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Brettel Dawson
National Justice Institute
Ottawa, Ontario

Terry de March
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Mario Dion
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Jacques Dufresne
L'Agora Recherches et Communications Inc.
Québec (Québec)

Stephen Easton
Simon Fraser University
Vancouver, British Columbia

Brian Etherington
University of Windsor
Windsor, Ontario

Donald Evans
Canadian Training Institute
Toronto Ontario

Doug Ewart
Department of Justice Canada
Toronto, Ontario

Richard Fadden
Treasury Board Secretariat
Ottawa, Ontario

Dave Farthing
Youth Canada
Ottawa, Ontario

Abraham Feinstein
Soloway Wright
Ottawa, Ontario

Allan Fineblit
Law Society of Manitoba
Winnipeg, Manitoba

Ian Francis
Canadian Centre on Minority Affairs
Toronto, Ontario

Lois Gander
University of Alberta
Edmonton, Alberta

Matthew Geigen-Miller
National Youth in Care Network
Ottawa, Ontario

Avvy Go
Metro Toronto Chinese and
Southern Asian Legal Clinic
Toronto, Ontario

Patrick Healy
McGill University
Montréal, Québec

Thea Herman
Department of Justice Canada
Toronto, Ontario

Alex Himelfarb
Canadian Heritage
Hull, Quebec

Maggie Hodgson
Assembly of First Nations
Ottawa, Ontario

Eleanor King
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Joana Kuras
Legal Aid Ontario
Toronto, Ontario

Christopher Lafontaine
Saskatchewan Aboriginal Courtworker Program
Regina, Saskatchewan

Michel Landry
Community Legal Clinic, University of Ottawa
Ottawa, Ontario

Connie Laurin Bowie
Canadian Association for Community Living
Toronto, Ontario

Rachel Larabie-LeSieur
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Lionel Levert
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Owen Lippert
Fraser Institute
Ottawa, Ontario

Diana Lowe
Canadian Forum on Civil Justice
Edmonton, Alberta

Roderick MacDonald
Law Commission of Canada
Ottawa, Ontario

Jim Mahaffy
Canadian Association for Canadian Living
Toronto, Ontario

Kathleen Mahoney
University of Calgary
Calgary, Alberta

Maureen Maloney
University of Victoria
Victoria, British Columbia

John McCamus
York University
Toronto, Ontario

Carol McEown
British Columbia Legal Services Society
Vancouver, British Columbia

Marilou McPhedran
Women's Legal Education and Action Fund
Toronto, Ontario

Eugene Meehan
Canadian Bar Association
Ottawa, Ontario

Ajit Mehat
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Baukje Miedema
Muriel McQueen Fergusson Centre
for Family Violence Research
Fredericton, New Brunswick

Renate Mohr
Church Council on Justice and Corrections
Ottawa, Ontario

Richard Mosley
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

John O'Leary
Frontier College
Toronto, Ontario

Stephen Owen
Law Commission of Canada
Victoria, British Columbia

Margaret Parsons
African Canadian Legal Clinic
Toronto, Ontario

Kim Pate
Canadian Association of Elizabeth Fry Societies
Ottawa, Ontario

Kent Patenaude
British Columbia Legal Services Society
Vancouver, British Columbia

Gilles Paquet
University of Ottawa
Ottawa, Ontario

Frances Pennell
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

William F. Pentney
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Laurie Rektor
National Anti-Poverty Organization
Ottawa, Ontario

Kent Roach
University of Toronto
Toronto, Ontario

Julian Roberts
University of Ottawa
Ottawa, Ontario

Morris Rosenberg
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Penelope Rowe
Community Services Council
St. John's, Newfoundland

Yvan Roy
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Roberta Russell
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Elizabeth Sanderson
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Vicki Saunders
The NRG Group
Toronto, Ontario

Gaylene Schellenberg
Canadian Bar Association
Ottawa, Ontario

Jeffrey Schnor, Q.C.
Manitoba Justice
Winnipeg, Manitoba

Katherine Scott
Canadian Council on Social Development
Ottawa, Ontario

Neil Sharkey Q.C.
Department of Justice
Iqaluit, Nunavut

Peter Showler
Immigration and Refugee Board
Ottawa, Ontario

Christine Silverberg
Calgary Police Service
Calgary, Alberta

John Sinclair
Indian and Northern Affairs Canada
Hull, Quebec

David Smith
Ottawa, Ontario

Graham Stewart
John Howard Society of Canada
Kingston, Ontario

Doug Surtees
Public Legal Education Association of
Saskatchewan
Saskatoon, Saskatchewan

Susan Tanner
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Richard Thompson
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Dr. Esmeralda Thornhill
Dalhousie University
Halifax, Nova Scotia

Chantal Tie
South Ottawa Community Legal Services
Ottawa, Ontario

Judge Mary Ellen Turpel-Lafond
Saskatchewan Provincial Court
Regina, Saskatchewan

Judith Wahl
Advocacy Centre for the Elderly
Toronto, Ontario

Traci Walters
Canadian Association of
Independent Living Centre
Ottawa, Ontario

Barry Warhaft
Vancouver Aboriginal Restorative
Justice Program
Vancouver, British Columbia

Andy Watt
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario

Morton Weinfeld
McGill University
Montreal, Quebec

Cynthia Williams
Public Service Commission
Ottawa, Ontario

Baldwin Wong
City of Vancouver, Social Planning Department
Vancouver, British Columbia

Susan Zimmerman
Law Commission of Canada
Ottawa, Ontario

RESEARCH AND STATISTICS DIVISION
DIVISION DE LA RECHERCHE ET DE LA STATISTIQUE

ÉLARGIR NOS HORIZONS

Redéfinir l'accès à la justice au Canada

Compte rendu du symposium

Ministère de la Justice Canada
Department of Justice Canada

Canada

Élargir nos horizons : redéfinir l'accès à la justice au Canada :
compte rendu du symposium
Texte en français et en anglais disposé tête-bêche.
Titre de la p. de t. addit.: Expanding horizons, rethinking access to justice in Canada.
Symposium tenu le 31 mars 2000.
ISBN 0-662-65367-X
No de cat. J2-173/2000
1. Justice-Administration-Canada-Congrès.
2. Justice pénale-Administration-Canada-Congrès.
I. Canada. Ministère de la Justice.
KE8200.E86 2000 347.71 C00-980477-3F

ÉLARGIR NOS HORIZONS

Redéfinir l'accès à la justice au Canada

Compte rendu du symposium

Préface

Élargir nos horizons : Redéfinir l'accès à la justice au Canada

Pendant presque trois décennies, l'accès à la justice a constitué une question de politique de première importance au ministère de la Justice. Les premiers programmes, élaborés pendant les années 1970, ont permis la diffusion de renseignements sur le droit et sur le fonctionnement du système de justice, ou ont permis aux personnes n'ayant pas les moyens financiers d'avoir recours aux services d'un avocat d'être représentées au tribunal. Avec le recul, nous pouvons constater que ces programmes tenaient pour acquis un mode de justice traditionnel largement marqué par le formalisme. L'accès à la justice a été amélioré, mais les problèmes qui mettaient les individus en contact avec la justice étaient généralement définis en termes étroitement juridiques et que seul un tribunal pouvait trancher.

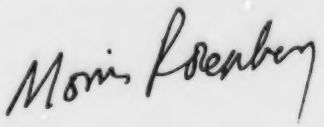
Pourtant, la justice signifie plus que la simple application de la loi sans égard aux facteurs sociaux, économiques et psychologiques sous-jacents, comme nous le constatons de plus en plus ces dernières années. Les débats ont abordé de nouvelles idées, qui ont élargi la portée de la notion de justice et d'accès à la justice - et influencent notre façon de l'envisager. Il ne suffit pas de considérer l'accès à la justice comme uniquement une question de tribunaux et de procédures formelles.

De plus, la population s'attend davantage à une forme de justice plus axée sur la solution et la participation. On accole à cette nouvelle approche différents vocables - comme la justice réparatrice, la guérison, la justice globale - mais toutes reflètent une préoccupation commune : le système de justice formel en lui-même est mal outillé pour régler efficacement les problèmes qui lui sont soumis. La justice est complexe et multidimensionnelle, et elle ne doit pas se limiter à offrir des procédures formelles et antagonistes conçues pour constater la culpabilité ou l'innocence, et pour proclamer des vainqueurs et des perdants. En un sens, la justice n'est plus la chasse gardée exclusive du système de justice traditionnel. Si la société canadienne doit trouver à ses problèmes des solutions efficaces et durables, notre système de justice devra établir avec les collectivités des partenariats qui transcendent les spécialités et les institutions.

Le ministère de la Justice a pris l'engagement de renouveler sa propre approche en ce qui concerne l'accès à la justice, de réévaluer les politiques traditionnelles en fonction des nouvelles idées et des nouvelles attentes du public canadien en matière de justice. Ce colloque, intitulé « Élargir nos horizons : redéfinir l'accès à la justice au Canada » est un premier pas dans ce processus. Le colloque a rassemblé une centaine de leaders du milieu de l'administration de la justice et des domaines connexes pour une journée de « conversation extraordinaire ». Il a abouti à un constat sans équivoque : le système de justice peut trouver des façons améliorées de fournir la justice aux Canadiens/Canadiennes. Cependant, on constate aussi une ferme volonté de mener des expériences visant des changements et de donner leur chance à de nouvelles idées. Les approches réparatrices, globales et autres, des idées marginales au départ, sont

maintenant largement admises - du moins dans l'esprit des leaders des milieux de l'administration de la justice, sinon dans les pratiques courantes du système lui-même. Le programme tracé pour les années à venir met l'accent sur les façons de rendre les processus de justice plus axés sur les besoins du citoyen, et plus orientés vers les collectivités. Il nous faut examiner la façon dont le système de justice traditionnel peut s'adapter au changement, élaborer des partenariats efficaces et trouver des solutions concrètes qui correspondent aux besoins des victimes, des contrevenants, des collectivités et de tous ceux qui sont touchés par le système de justice.

Le succès du Symposium est dû en grande partie à l'enthousiasme de la centaine de personnes qui ont participé à cette importante conversation. Je voudrais aussi souligner la vision d'Andrée Delagrave et la superbe organisation de l'Équipe de l'accès à la justice, Division de la recherche et de la statistique et, tout spécialement, de Steven Bittle, qui a permis de faire de ce projet une réalité.



Morris Rosenberg
Sous-ministre de la Justice et
Sous-procureur général du Canada

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION **1**

CONTEXTE **2**

MOT DE BIENVENUE **3**

DISCUSSIONS DU COMITÉ D'EXPERTS **4**

Discussions et commentaires 7

ATELIERS **9**

1) Perspective économique : davantage ou moins? 9
Discussions 10

2) Nouveaux partenariats et nouveaux mécanismes de prestation 11
Discussions 12

3) Diversité et accès à la justice 13
Discussions 15

4) Rôle des citoyens et des collectivités 16
Discussions 18

PLÉNIÈRE DE L'APRÈS-MIDI **19**

SYNTHÈSE – LES PRINCIPAUX DÉFIS À RELEVER **23**

CONCLUSION **25**

APPENDICES **27**

LISTE DES APPENDICES

APPENDICE A

1) Ordre du jour 27

APPENDICE B

1) *L'accès des citoyens à la justice : enjeux et tendances pour l'an 2000 et après,*
professeur Mark Kingwell, Université de Toronto 28

2) *Surfer sur la troisième vague - Notes sur l'avenir de l'accès à la justice,*
Ab Currie, Division de la recherche et de la statistique, ministère de la Justice du Canada 40

3) *Aspects de l'accès à la justice au Canada,*
Ab Currie, Division de la recherche et de la statistique, ministère de la Justice du Canada 45

4) *La justice avant l'accès,*
Roderick Macdonald, président de la Commission du droit du Canada 50

5) *De la règle de droit à la philia,*
Jacques Dufresne, L'Agora Recherches et Communications Inc. 53

6) *Perspective économique : davantage ou moins?*
professeur Stephen Easton, Université Simon Fraser 63

7) *Nouveaux partenariats et nouveaux mécanismes de prestation,*
professeur Lois Gander, Université de l'Alberta 67

8) *Diversité et accès à la justice,*
professeur Brian Etherington, Université de Windsor 74

9) *Rôle des citoyens et des collectivités,*
Carol McEown, British Columbia Legal Services Society 86

10) *L'accès à la justice dans un contexte élargi,*
professeur Gilles Paquet, Université d'Ottawa 89

APPENDICE C

1) Lettre de M^me^ Cherry Kingsley, Aide à l'enfance-Canada 100

APPENDICE D

Listes des participants 103

Élargir nos horizons : Redéfinir l'accès à la justice au Canada Compte rendu d'un colloque organisé par le ministère de la Justice du Canada[1] le 31 mars 2000

Introduction

Le 31 mars 2000, le ministère de la Justice du Canada a tenu un colloque d'une journée sur l'accès à la justice. Le colloque avait pour but d'explorer la notion d'accès à la justice en dépassant ses frontières traditionnelles. Les participants étaient invités à revoir les points de vue traditionnels et à explorer les défis qu'il faudra relever dans l'avenir pour faire en sorte que les Canadiens aient accès à la justice dans un environnement de plus en plus complexe et exigeant.

Pendant cette journée au cours de laquelle des théoriciens et des praticiens de renommée ont eu des échanges extraordinaires, le ministère a pris le pouls de la communauté juridique au regard de la situation de l'accès à la justice au Canada. Plus de 100 personnes de divers domaines venant de toutes les régions du Canada – juges, avocats, spécialistes des politiques, fonctionnaires, universitaires et représentants des collectivités, des Autochtones, des minorités visibles et des personnes handicapées – ont participé au colloque. Pour que les participants puissent débattre d'une variété de questions avec le plus de personnes possible, chaque participant s'est vu assigner une place à une table différente – il y en avait 12 – lors de la séance de la matinée et de celle de l'après-midi. Les participants étaient libres de s'inscrire à l'un des quatre ateliers qui se sont tenus simultanément. Une entreprise professionnelle d'organisation de conférences, Lise Pigeon and Associates, a animé le colloque. (L'ordre du jour et la liste des participants figurent à l'**appendice A**.)

Pendant toute la journée, les participants ont discuté de différentes questions relatives à la situation de l'accès à la justice au Canada. Ils ont pu entendre un grand nombre de théoriciens de premier plan provenant du système de justice ou d'autres secteurs de l'activité humaine. Le principal message transmis par ces théoriciens n'était pas tellement que le système de justice – civile ou pénale, mais particulièrement le système de justice pénale – ne fonctionne pas bien; tous ***s'entendaient*** là-dessus. Le message réellement surprenant qui est ressorti clairement de cette « conversation extraordinaire » était l'immense désir de changement des chefs de file de l'intérieur comme de l'extérieur du système de justice.

Le présent rapport a pour but de résumer les discussions tenues lors du colloque et, du même coup, de cerner les points clés qui sont ressortis des exposés et des discussions. Il se termine par une brève discussion de sept thèmes qui peuvent orienter les efforts menant à la création d'un système de justice plus accessible.

[1]Compte rendu préparé par Marc Thérien.

CONTEXTE

Des coupures de presse et trois documents de référence ont été transmis aux participants en vue du colloque. (Les documents de référence et tous les exposés présentés dans le cadre du colloque sont reproduits à l'**appendice B**.) Nous avons également reçu une lettre de M^me^ Cherry Kingsley, de l'organisme Aide à l'enfance-Canada. M^me^ Kingsley, qui n'a pas pu assister au colloque à cause d'autres engagements, a demandé que sa lettre soit incluse dans le rapport final de façon que la voix des enfants et des adolescents victimes d'exploitation sexuelle au Canada soit entendue. Cette lettre est reproduite à l'**appendice C**[2].

> ***« Mettre en pratique les principes de base de la justice, garantir à tous les citoyens un accès équitable à la justice, voilà un projet beaucoup plus compliqué, plus difficile et plus déroutant qu'avant. »***
>
> **Mark Kingwell**

Dans un document de référence intitulé *L'accès des citoyens à la justice : enjeux et tendances pour l'an 2000 et après*, **Mark Kingwell**, un philosophe de l'Université de Toronto, a analysé cinq tendances et enjeux clés concernant l'accès à la justice : 1) la diversité croissante de la population canadienne; 2) la mondialisation et la citoyenneté; 3) la relation isomorphe complexe entre la politique et la culture; 4) le rôle de la technologie; 5) la possibilité de nouvelles formes d'action civique.

Le professeur Kingwell a mentionné que la diversité culturelle et ethnique croissantes présente des enjeux particuliers pour « transform[er] l'infrastructure sociale et politique du pays pour tenir compte de la diversité des gens qui choisissent de se reconnaître comme Canadiens ». Parce que notre société évolue rapidement, « nous devons nous aménager du temps pour la réflexion, ouvrir des espaces en dedans de nous et dans nos interactions sociales, pour réfléchir à la justice au-delà des impératifs de l'élaboration des politiques ou de la résolution des problèmes ».

Ab Currie, de la Division de la recherche et de la statistique du ministère de la Justice du Canada, est l'auteur de deux documents de référence. Le premier, intitulé *Aspects de l'accès à la justice au Canada*, décrit les caractéristiques les plus marquantes de l'accès à la justice ainsi que les principaux programmes existant actuellement dans le domaine : l'aide juridique, la vulgarisation et l'information juridique, le Programme d'assistance judiciaire aux Autochtones, la réforme des tribunaux, le règlement extrajudiciaire des conflits, l'assurance juridique payée à l'avance, la défense de l'intérêt public et les services bénévoles. Après avoir examiné le processus d'accès au *système* de justice, l'auteur a conclu que « [n]otre conception traditionnelle de la justice et de la façon de la rendre est le reflet du système de justice officiel » et peut en fait ne pas correspondre aux moyens privilégiés par les groupes minoritaires et bon nombre de personnes ordinaires pour rendre la justice.

> ***« … l'accès à la justice communautaire suppose de donner aux particuliers les moyens de jouer un rôle plus actif dans la recherche de solutions à leurs problèmes de justice. »***
>
> **Ab Currie**

[2]Le présent compte rendu a été préparé à partir des notes prises à chacune des 12 tables pendant les séances plénières de la matinée et de l'après-midi et à chacun des quatre ateliers. De plus, les conférenciers ont remis les notes de leur exposé afin qu'elles soient incluses dans le présent rapport (reproduites à l'appendice B).

Le deuxième document de M. Currie, intitulé *Surfer sur la troisième vague – Notes sur l'avenir de l'accès à la justice*, trace l'évolution de l'accès à la justice vers l'utilisation récente de stratégies davantage « holistiques » ou multidisciplinaires. Cependant, les réformes du système juridique se font lentement et ne suivent pas toujours les attentes changeantes de la société. Bien que ces nouvelles tendances n'aient pas remplacé les méthodes traditionnelles, elles permettent de « trouver des solutions plus durables et plus efficaces aux problèmes de justice ». Des initiatives favorisant une plus grande utilisation des services communautaires d'accès à la justice sont positives parce qu'elles « [mettent] à contribution les ressources considérables que possèdent les collectivités pour résoudre les problèmes d'accès à la justice ».

MOT DE BIENVENUE

Le sous-ministre de la Justice et sous-procureur général du Canada, **Morris Rosenberg**, a prononcé le mot de bienvenue. Il a expliqué pourquoi il est important d'explorer maintenant les nouvelles orientations de l'accès à la justice :

> Aujourd'hui peut-être plus que jamais, le système de justice traditionnel élargit ses activités de façon à favoriser des méthodes intégrées et multidisciplinaires. Grâce à de nouvelles approches holistiques, des liens sont créés entre le système de justice, les groupes communautaires et d'autres institutions dans le but de résoudre des problèmes qui peuvent avoir un aspect juridique, mais qui sont causés également par une combinaison de problèmes sociaux et économiques sous-jacents.

M. Rosenberg a appelé les participants à trouver le plus d'idées innovatrices possible afin de nous permettre de cerner les nouveaux enjeux.

DISCUSSIONS DU COMITÉ D'EXPERTS

À la suite du mot de bienvenue de M. Rosenberg, le directeur du Centre d'études en gouvernance de l'Université d'Ottawa, **Gilles Paquet**, a présenté les trois membres du comité d'experts. M. Paquet était également chargé de faire une synthèse des discussions et de passer en revue les enjeux importants à la fin du colloque.

Dans le cadre d'un exposé intitulé *La justice avant l'accès*, le président de la Commission du droit du Canada, **Roderick Macdonald**, a commencé par expliquer son point de vue :

> Après 25 ans passés dans les champs de la vulgarisation juridique communautaire et de l'accès à la justice civile, je peux dire une chose : j'ai déjà pensé qu'un droit officiel plus directif était la seule voie menant à une plus grande justice. Aujourd'hui, je ne vois plus le défi en termes uniquement d'outils. En fait, notre défi est beaucoup plus vaste : il nous faut repenser nos attitudes et nos attentes au sujet de qui possède le droit, de ce que le droit peut accomplir et des façons les plus efficaces dont le droit peut être utilisé afin de créer une société plus juste.

Il a ensuite transmis cinq courts messages tirés de sa vaste expérience :

1) Information n'est pas toujours synonyme de pouvoir et la vulgarisation juridique « peut être une arme à double tranchant » qui « finit souvent par accroître la dépendance aux avocats, aux tribunaux et au système officiel ».

2) « Droit dans la société » n'est pas synonyme de « droit et société » :

> « Droit » et « société » ne sont pas deux choses différentes. Le droit est présent dans l'interaction sociale. L'objectif général ne peut pas être de faire en sorte que les faits récalcitrants de la vie sociale se conforment aux structures bien ordonnées des règles juridiques officielles. L'exclusion d'un si grand nombre de personnes des présumés bénéfices du système de justice découle directement de l'incapacité ou du refus du droit officiel adopté par les législateurs et appliqué par les tribunaux de laisser de la place au droit vivant de l'interaction humaine quotidienne.

3) « Accès aux tribunaux » n'est pas synonyme d'« accès à la justice ». Le défi est de « reconcevoir les conflits humains d'une manière qui permet aux institutions officielles de reproduire la sagesse des symboles sociaux non officiels, et aux symboles sociaux non officiels de reproduire les valeurs démocratiques et d'égalité sociale que nous attribuons à nos processus officiels ».

> ***« Les Canadiens renouvellent le droit en le vivant, réussissant souvent à réparer les injustices causées par un droit officiel que le législateur ne veut pas ou ne peut pas modifier. »***
>
> **Roderick Macdonald**

4) Pour ce qui est de la diversité et du désenchantement, « le seul différenciateur social auquel il faut se soumettre, celui qui transcende toutes les autres inégalités, c'est la classe sociale ». Le défi est de « créer un système dont les règles, les méthodes et le personnel tiennent réellement compte des questions d'identité et de diversité ».

5) La justice réside dans les aspirations humaines et le droit est « autant l'affaire de tous les Canadiens que des législateurs, des tribunaux

et des avocats ». Il est essentiel de « donner aux citoyens la possibilité de participer davantage aux processus législatifs et administratifs de création du droit ».

En conclusion, M. Macdonald a souligné l'importance de se concentrer sur le véritable objectif :

> Les préoccupations les plus importantes des Canadiens au sujet de la justice ont peu à voir avec les droits fondamentaux au sens strict : elles concernent plutôt la reconnaissance et le respect. Et les obstacles les plus importants à l'accès à la justice ne peuvent être surmontés que si nous réorientons notre façon de considérer les différends, les droits, les jugements et les recours judiciaires du type tout ou rien; l'injustice découle non pas des difficultés rencontrées lors des procès civils, mais des inégalités du pouvoir social.
>
> La plupart des propositions contemporaines d'amélioration de l'accès à la justice sont simplement la réaction d'un système officiel qui craint de perdre sa capacité de contrôler les autres institutions sociales où les gens négocient et vivent leur propre droit et les pratiques de la société civile. La quête obsessive de solutions juridiques officielles signifie que nous sommes maintenant moins enclins, et moins aptes, à imaginer des réponses innovatrices aux disparités concernant le pouvoir et aux défis que représente la construction d'une société juste ayant une profonde signification humaine.

> ***« Nous en venons à nous attacher à l'« accès » à la justice plutôt qu'à la « justice » ellemême; et bien que nous proclamions que l'« accès à la justice » est un but, ce que nous visons réellement, c'est l'« accès au droit ». »***
>
> **Roderick Macdonald**

M^me^ **Mary Ellen Turpel-Lafond**, juge de la cour provinciale à Saskatoon, en Saskatchewan, a puisé dans son expérience au sein de la magistrature et à l'égard des questions autochtones pour indiquer que la qualité de la justice appliquée aux membres de nos Premières Nations est source de grande anxiété dans l'Ouest canadien. Il faut examiner plus sérieusement et de plus près la structure de la justice et la manière dont elle s'adapte au pluralisme et à la diversité et traduit les valeurs et les aspirations des collectivités.

La question de savoir si nous avons créé une « industrie carcérale » ou une économie de contrôle au sein du système de justice se pose. En Saskatchewan, par exemple, un jeune autochtone est plus susceptible d'aller en prison que de terminer ses études secondaires. À cet égard, le système de justice officiel n'a pas réussi à répondre aux besoins essentiels des jeunes autochtones qui ont des démêlés avec la justice. Le système recycle, criminalise et contrôle les adolescents dès leur jeune âge sans les engager socialement. Il faut examiner ces questions en termes de structure plutôt que chercher à résoudre chacun des cas par l'entremise des tribunaux. Un bon exemple de cette situation est le problème de la violence sexuelle chez les Autochtones. Nous devons nous attaquer aux sources du problème si nous voulons réellement le résoudre.

Des efforts considérables ont été investis avec beaucoup d'espoir ces dernières années dans la mise en œuvre de régimes de justice réparatrice. Il est cependant ironique de constater que la notion de justice réparatrice a été mise de l'avant sans véritable engagement politique. Les collectivités n'ont pas reçu les ressources nécessaires pour mettre les programmes en œuvre. Par exemple, peu de ressources, voire aucune, ont

été affectées aux conseils de détermination de la peine ou aux cercles de vie.

> *« Les Canadiens renouvellent le droit en le vivant, alors que la justice suit ou plutôt essaie de suivre. Il n'y a pas de formule toute faite ou de solution miracle. »*
>
> **Le juge Mary Ellen Turpel-Lafond**

Les solutions ne résident manifestement pas dans un plus grand accès aux tribunaux puisque cette idée a été abandonnée par la plupart des membres de la collectivité. La justice institutionnelle n'est pas réparatrice. Nous devons nous demander comment transformer la justice de façon qu'elle reproduise des valeurs sociales démocratiques. Mais il est plus important encore que nous nous demandions si nous avons toujours réellement une vision cohésive de la collectivité. Aux yeux des membres des groupes minoritaires, même la justice informelle (par exemple, celle rendue par les cours des petites créances) reflète la justice officielle de l'homme blanc. Il s'ensuit que, à l'occasion, le pluralisme finit par contester le droit. Comment peut-on changer cette situation?

Nous devons nous éviter les solutions réductionnistes qui mettent l'accent sur un seul aspect, par exemple l'accès, plutôt que sur la justice elle-même. L'injustice tire sa source des inégalités du pouvoir social. Nous devons examiner ces causes et non nous engager dans une quête obsessive de solutions juridiques.

Jacques Dufresne, conférencier, auteur et fondateur de *L'Agora*, un journal d'idées et de débats, a commencé son exposé en racontant une anecdote. L'été dernier, l'un de ses neveux était sur une plage du New Hampshire avec sa femme et leurs deux enfants. Pendant que le père et son fils de six ans construisaient un château de sable, un jeune garçon du même âge a menacé de le détruire. Le père, haussant la voix, lui a donné à entendre que son geste aurait des conséquences. Le garçon a quand même détruit le château d'un coup de pied. Le père s'est alors simplement emparé des poignets du jeune vandale, persuadé que ses parents arriveraient bientôt. De fait, la mère est arrivée peu après, mais en furie contre cet étranger qui osait mettre la main sur son enfant, ce que les lois du New Hampshire interdisaient formellement. L'agent de sécurité de la plage s'estimant dépassé par les événements a fait appel à la police d'une ville voisine. Après deux heures de négociations ardues, le père a échappé à une coûteuse poursuite, mais il a dû présenter ses excuses à l'enfant. Faut-il s'étonner qu'avec de telles lois et dans un tel climat, les tribunaux soient encombrés?

Heureusement, un tel zèle est moins courant au Canada, mais pour combien de temps? M. Dufresne a fait remarquer ce qui suit :

> Nous imitons les règles de droit américaines avec un tel empressement que nous dépasserons bientôt notre propre modèle, en particulier depuis que nous subventionnons l'accès à la justice, ou plutôt l'accès à l'institution juridique telle que nous la connaissons. J'entends par « institution juridique » le pouvoir (j'ai bien dit le « pouvoir ») englobant les tribunaux, les lois et règles de droit et les professions juridiques.

L'accès à la justice n'est pas le véritable problème. Tout comme un médicament peut causer une maladie, le système juridique peut entraîner des malheurs. De la même façon dont nous avons besoin d'une médecine douce, nous avons besoin d'une justice douce. M. Dufresne a imaginé une pyramide de la justice qui propose un nouveau processus dans lequel l'accès au système de justice est un moyen de dernier recours (la pyramide figure à l'**appendice B**). L'autorégu-

lation se situe tout en bas de la pyramide, le droit préventif et les solutions de rechange, au milieu, et les tribunaux, au sommet. La conciliation, la médiation et l'arbitrage devraient être les méthodes privilégiées de règlement des différends. Seuls les différends qui ne peuvent être réglés par d'autres moyens et qui représentent une valeur exceptionnelle devraient être soumis aux tribunaux.

Sur le plan philosophique, M. Dufresne a laissé entendre que les solutions à l'accès à la justice ne peuvent être trouvées dans le type de libéralisme proposé par des penseurs comme Hobbes, Locke ou, plus récemment, Rawls. Nous devons abandonner l'idée que l'homme est un loup et revenir au point de vue d'Aristote, qui pensait que l'homme est un animal social, à la *philia* qui concilie l'homme et la société.

Avant de terminer son exposé, M. Dufresne a plaidé en faveur d'une justice « plus douce ».

DISCUSSIONS ET COMMENTAIRES

Après les exposés, les personnes présentes à chaque table ont été invitées à discuter de ce qu'elles ont entendu et à partager ensuite avec tous les participants leurs réactions.

La liste qui suit résume les commentaires consignés par les preneurs de notes :

- Il y a un manque de ressources qui empêche de s'attaquer aux causes sous-jacentes des problèmes de justice pénale et civile, à savoir les inégalités sociales et économiques.

- La question des ressources est fondamentale. Si nous ne pouvons pas trouver les ressources nécessaires pour mettre en place des programmes communautaires innovateurs, l'accès à la justice devient dérisoire.

- Si nous devons parler du rôle de la collectivité dans la prestation de services d'accès à la justice, il faut définir ce qu'on entend par « collectivité ».

- On ne devrait pas recourir au système juridique officiel en premier lieu (sauf dans les cas de crime grave ou violent).

> ***« Allouer au système de justice des ressources illimitées n'est plus une solution-l'accès au système de justice ne suffit plus : c'est l'accès à la justice qui est nécessaire. »***
>
> **Un participant**

- La notion de justice a un sens différent suivant les gens. Il y a une différence entre l'accès au système de justice officiel et l'accès à la justice sociale. La justice sociale exige une plus grande participation et traite de questions sociales complexes. La justice [pénale] met principalement l'accent sur l'infliction de peines.

- Les trois conférenciers nous ont donné l'impression que nous avons besoin d'une réponse communautaire aux questions de justice. Cependant, notre société est urbaine, individualiste et éloignée de plus en plus de la loyauté communautaire.

- Le système de justice est principalement blanc et de classe moyenne. En théorie, il traite chaque personne de la même manière. Il existe toutefois une inégalité fondamentale parce que les gens sont traités différemment et ont vécu des expériences différentes avant d'entrer en contact avec le système de justice officiel.

- Le système de justice est défaillant, mais il n'a pas de solution. Il est devenu une fin en soi; nous oublions qu'il devrait plutôt être un moyen pour atteindre une fin.

- Il doit y avoir un certain compromis entre la justice communautaire et la justice « monolithique » ou institutionnalisée. L'engagement des citoyens est un aspect important de l'accès à la justice. Il faut adopter une approche plus globale afin d'assurer un accès approprié à la justice.

- La technologie de l'information peut contribuer à assurer un meilleur accès à la justice.

> *« Nous avons besoin d'une solution de rechange au système de justice contradictoire. Dans la situation actuelle, les avocats dominent le système. »*
>
> Un participant

- Nous devons trouver des façons de faire participer les différentes collectivités. Des modèles communautaires doivent être élaborés; la cohésion communautaire est importante.

- La justice réparatrice peut être coercitive entre les mains des juges. C'est ce qui c'est passé avec les peines avec sursis (p. ex. la détention à domicile est la norme, ce qui est incompatible avec la justice réparatrice). On court le risque de rendre mauvaises de bonnes idées en les incorporant au système officiel (p. ex. que ce passe-t-il si le système traditionnel « s'approprie » les conseils de détermination de la peine et leur donne des outils de coercition?).

- Qu'entend-on par responsabilité partagée entre la collectivité et le gouvernement? Il y aura de nombreuses « guerres de territoire » relativement au financement versé aux collectivités et des questions relatives à la responsabilité se poseront.

- La création de nouveaux programmes ou initiatives communautaires d'accès à la justice doit être accompagnée d'éducation. Le public doit comprendre que les programmes communautaires ne constituent pas une menace à leur sécurité personnelle.

- Il faut construire un partenariat entre le gouvernement et la collectivité et, en particulier, entre le gouvernement et les personnes ou les groupes marginalisés.

- Les programmes de justice réparatrice ne sont pas mis en œuvre uniquement dans les réserves. Ils font également leur apparition dans les centres urbains, où ils visent principalement la résolution de problèmes locaux et communautaires.

- Le recours accru aux initiatives de justice communautaires peut représenter un fardeau pour les groupes communautaires. Il y a des limites à ce qu'une personne ou une collectivité peut faire (épuisement lié à la réalisation de projets pilotes).

- Comment amener les gens à dépendre moins du système de justice officiel et à privilégier une approche plus communautaire?

ATELIERS

Après la séance plénière d'ouverture, les participants avaient le choix entre quatre ateliers portant sur des questions clés relatives à l'accès à la justice. Chaque atelier débutait par un exposé, avant de faire place à une discussion en groupe. Des rapporteurs désignés ont assisté à chaque séance : ils ont consigné l'essentiel des discussions et ont fait rapport de leurs conclusions au cours de la plénière de l'après-midi.

1. PERSPECTIVE ÉCONOMIQUE : DAVANTAGE OU MOINS?

Dans son exposé, **Stephen T. Easton**, professeur d'économie à l'Université Simon Fraser, a laissé entendre que, pour ce qui est de l'accès à la justice, « les besoins sont illimités ». La question est de savoir qui paiera combien pour quoi. Il faudra inévitablement faire des choix :

> En conséquence, en tant qu'économiste, mon rôle consiste à rappeler que, même avec de nouvelles dépenses de programmes (en particulier, si l'enveloppe de la Justice doit rester la même), le principe économique des concessions mutuelles entre les différentes solutions devrait encore s'appliquer pour déterminer quels programmes pourraient être étendus.

> ***« L'importante question est de savoir quelles restrictions doivent limiter le processus permettant d'obtenir une justice suffisante. »***
>
> Stephen T. Easton

Pour illustrer son propos, le professeur Easton a rappelé certains faits intéressants :

- le nombre d'avocats au Canada continue d'augmenter. Par exemple, de 1991 à 1997, le nombre d'avocats par 100 000 habitants est passé de 199 à 224;
- le nombre de causes criminelles a baissé. Ainsi, au cours de la dernière décennie, le nombre réel d'infractions au *Code criminel* connues de la police a chuté de 15 p. 100;
- quoique nous ne disposions malheureusement pas de données récentes à ce sujet, le nombre de litiges civils semble augmenter. Il serait important de savoir ce qu'il en est exactement.

Après avoir montré un tableau indiquant les dépenses totales des différentes catégories de services de justice en dollars réels de 1999 (pour tenir compte de l'inflation), le professeur Easton a fait remarquer que les dépenses totales réelles des tribunaux et des services correctionnels ont été relativement graduelles alors que, en comparaison, les coûts de l'aide juridique ont été variables. Ces données évoquent une question importante :

> Quel type d'exercice budgétaire est raisonnable compte tenu de l'expansion souhaitée des services? Il est facile de dépenser de l'argent. Il ne manque pas de demandeurs ayant des besoins à combler si le gouvernement est prêt à payer – il suffit de jeter un coup d'œil à l'histoire de l'aide juridique pour s'en convaincre. Mais les services peuvent-ils être étendus d'une façon qui soit satisfaisante à la fois pour les prestataires et pour le contribuable?

Il est possible d'étendre les services, mais une augmentation des dépenses devrait amener des bénéfices plus élevés ou de meilleurs résultats :

> Peu importe les critères que nous choisissons pour déterminer quels services devraient être

> étendus, nous devons être persuadés que chaque dollar dépensé pour l'aide juridique, par exemple, sera aussi utile que le dollar additionnel qui pourrait être alloué aux tribunaux, à la police ou aux services correctionnels.

Un des moyens de savoir si tel est le cas est de caractériser le coût des services. Un tableau montrant le coût des services de justice par crime connu de la police, mesuré en dollars constants (1999), a été présenté aux participants. Ce tableau indique que « les coûts de la justice par rapport au nombre de crimes connus de la police ont été remarquablement stables au cours des dix dernières années ».

Le professeur Easton a présenté un autre tableau montrant le nombre de contrevenants détenus dans des établissements fédéraux et provinciaux au cours des 20 dernières années par rapport au nombre d'infractions au *Code criminel*. Il a mentionné :

> Ces données indiquent qu'il y a un lien constant entre ces catégories de dépenses et la source de la demande de service qui, aux fins du présent exercice, est « les infractions connues au *Code criminel* ». Les coûts et les niveaux de service de notre système de justice sont globalement stables. Il n'y a pas de changement important et brusque des coûts par rapport à une mesure de service de base.

Cependant, si on examine le lien entre crimes et aide juridique, il n'y a pas de stabilité semblable. Pour cette raison, il serait très difficile « de rationaliser l'expansion d'un service qui a autant varié, à moins qu'on puisse démontrer qu'un dollar dépensé pour cette forme de justice produit un meilleur résultat qu'un dollar additionnel dépensé pour les services de police, les services correctionnels et les tribunaux ».

Le professeur Easton a conclu son exposé par un axiome :

> Pour étendre un service dans tout secteur de dépenses, il faut prouver que le coût par unité de service dans ce secteur est inférieur au coût de l'expansion des services dans tous les autres secteurs.

Discussions

Une partie des discussions ont porté sur la question de savoir si l'évaluation des coûts dans le domaine de la justice est nécessairement limitée et s'il existe une méthode permettant d'en arriver à une distribution équitable et efficace des ressources. Les décideurs veulent des résultats mesurables, mais la possibilité de mesurer réellement les résultats de la justice ou la question de savoir si les méthodes de mesure habituelles servent simplement l'intérêt des responsables des politiques et non des clients en laissent plus d'un perplexe. Voici certains des commentaires formulés par les participants :

- La redistribution de la richesse serait très utile.
- Nous avons besoin de promouvoir des principes nationaux – on ne sait pas avec certitude ce qu'on attend du système de justice.
- Nous devons favoriser la création de capacités communautaires et la participation de la collectivité au système de justice.

> ***« Il n'y pas de réflexion systématique sur ce qu'est un résultat fructueux. »***
>
> **Un participant**

- Le financement de tous les services juridiques est caractérisé par la cohérence, sauf pour ce

qui est de l'aide juridique parce qu'on ne dispose pas à cet égard d'indicateurs ou de mesures permettant de déterminer les ressources nécessaires.

- Nous devons envisager la création de programmes scolaires pour les jeunes – les jeunes sont notre plus grande ressource.

- Nous devons effectuer des recherches dans le but d'évaluer l'efficacité de notre processus actuel d'incarcération. Nous devons déterminer le taux de réussite du système carcéral – récidivisme, niveau de vie – et voir si nous avons fait des améliorations.

2) NOUVEAUX PARTENARIATS ET NOUVEAUX MÉCANISMES DE PRESTATION

Lois Gander, professeur au Legal Studies Program, Faculty of Extension de l'Université de l'Alberta, a d'abord rappelé aux participants que de nombreux citoyens considèrent que le système de justice actuel est sérieusement défectueux. Il était donc important de faire preuve d'originalité et de créativité.

D'où vient la nécessité de redéfinir l'accès à la justice?

> ***« Nous en venons à nous demander : quel accès à quelle justice? »***
>
> **Lois Gander**

Les difficultés auxquelles doit faire face le système de justice du Canada ont été provoquées par divers facteurs :

- Le public est de plus en plus insatisfait du droit et de la forme de justice procédurale qu'il offre. Notre système nous promet que nous aurons l'occasion de faire valoir nos arguments devant un juge objectif en conformité avec des mesures de protection établies en matière de procédure. Mais notre système n'aide pas réellement la majorité des gens à soumettre leurs revendications aux tribunaux.

- Les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* relatives à l'égalité ont créé l'espoir qu'il peut y avoir non seulement une justice procédurale, mais également une justice de fond, ce qui a eu pour effet d'accroître considérablement les enjeux juridiques en cause.

- Le droit semble nous offrir trop peu de protection contre le non-respect des lois.

- La composition multiculturelle du Canada fait en sorte que nous avons des expériences largement divergentes avec des systèmes juridiques fondamentalement différents; en conséquence, nous ne nous entendons pas sur le sens de la notion de justice.

- Le Canada est devenu une société procédurière et « fondée sur les droits ».

- Le maintien d'un système de justice portant ce fardeau exige une administration de plus en plus complexe et dispendieuse pour laquelle le public est de moins en moins prêt à payer. Le public a l'impression qu'on lui demande de payer encore et encore pour un système de plus en plus dysfonctionnel.

- Il n'y a aucun lien entre le coût des services juridiques et les bénéfices qui en sont retirés.

- Nous sommes devenus des consommateurs de services, même de services fournis par le gouvernement comme nos tribunaux, sans assumer aucune responsabilité.

- La mondialisation et le postmodernisme

ont posé de nouveaux défis à l'efficacité du droit et ont soulevé des doutes quant à sa capacité de rendre la justice sous une forme satisfaisante.

Quelle justice?

Nous devons confier aux citoyens le soin de déterminer quel genre de justice ils auront :

> Nous avons [...] besoin de formes d'engagement public qui favorisent la participation consciente à la justice, des discussions approfondies sur le sujet et une réflexion éclairée sur la signification de la justice telle qu'elle apparaît dans des situations de la vie réelle. Nous devons nous efforcer de définir une notion universelle de justice, une notion qui puise dans la richesse de la diversité des expériences des Canadiens. Aller de l'avant en ce sens suppose qu'on l'on trouve des façons de faire participer chaque citoyen à une véritable réflexion sur la question la plus fondamentale à laquelle notre civilisation est confrontée.

Dans une certaine mesure, ce projet est déjà en marche dans certaines des collectivités les plus agitées du Canada où des programmes de justice réparatrice ont été mis en place :

> La justice réparatrice n'est pas le seul outil que nous pouvons utiliser pour redéfinir la justice, mais il s'agit d'un outil pratique, les forces policières s'en servant pour lutter contre la criminalité partout au pays. S'ils sont bien gérés, les programmes de justice réparatrice permettent non seulement de rendre une justice plus satisfaisante, mais également de mieux comprendre la justice elle-même. Ils donnent aux individus le pouvoir d'exercer leurs fonctions de citoyens dans une société démocratique et d'en retirer des bénéfices.

Quel accès?

En redéfinissant la justice, nous devons également être réceptifs aux « autres façons de concevoir les sources de la justice ». La justice n'est pas seulement quelque chose qui doit être laissée au soin des institutions. En réalité, nous la vivons dans notre vie de tous les jours en tant que membres de collectivités qui recouvrent la capacité de gérer leurs différends :

> De nouvelles conceptions de la justice ne sont possibles que si nous sommes disposés à abandonner ce que nous connaissons bien pour un moment et à adopter des solutions de rechange, même si celles-ci peuvent sembler irréalistes à première vue. De ces solutions de rechange peut jaillir une idée qui méritera d'être exploitée. Au cours des dernières décennies, nous avons expérimenté différentes solutions de rechange à notre système juridique traditionnel : règlement extrajudiciaire des différends, observation volontaire, déjudiciarisation, procédés innovateurs de détermination de la peine. Dans une large mesure, ces solutions ont été couronnées de succès. Elles nous donnent le courage de résister encore davantage à la force centrifuge du système juridique.

Toutefois, les gouvernements ne peuvent pas simplement transférer la responsabilité de la justice aux collectivités sans leur fournir différents types de ressources. Cela peut vouloir dire également « utiliser des ressources qui servent actuellement aux systèmes et aux services juridiques traditionnels ». C'est à notre capacité de faire ces choix difficiles qu'on mesurera la force de notre engagement envers la justice.

Discussions

Le professeur Gander a posé les questions suivantes à la suite de son exposé : Comment

renouveler le droit pour tenir compte des nouvelles idées de justice? Qu'attendons-nous du système de justice?

Les participants ont exprimé différents points de vue sur ces questions :

- Quel est le rôle de la Charte au regard de l'accès à la justice? De nombreuses façons, la Charte a donné accès au système de justice à seulement certaines personnes dans la société.

- La victime a été abandonnée par le système de justice pénale.

- Si nous ne pouvons pas nous entendre sur les questions de justice, le gouvernement devra établir des normes (nous devons faire une distinction entre justice pénale et justice sociale). À cet égard, nous ne pouvons pas oublier le rôle du système de justice traditionnel. Nous devons faire une utilisation modeste des solutions de rechange et reconnaître qu'il y a des limites à ce que le système de justice peut accomplir.

- Avant de définir un nouveau système, il faut se demander s'il est possible de rendre l'ancien système plus accessible.

- Par justice participative, on n'entend pas nécessairement la participation au processus décisionnel. Les décideurs doivent savoir que la justice n'appartient pas exclusivement à leur groupe d'élite. Ils doivent se fixer comme objectif de justice et d'égalité une doctrine bonne et juste.

- Nous devons reconnaître le fossé de plus en plus grand qui existe entre les riches et les pauvres, sinon nous serons incapables de comprendre les raisons profondes des différends.

- Les jeunes constituent notre ressource la plus riche en ce qui concerne la définition d'une nouvelle justice, mais cette ressource est sous-évaluée. Il faudrait donner plus de pouvoirs aux jeunes.

- Selon certains travaux empiriques, les moins bien nantis de la société estiment que la police est la source des injustices, alors que les plus riches croient que c'est l'État.

- La vulgarisation juridique nous apprend que le public n'est pas satisfait de la manière dont nous adoptons les lois et assurons la justice.

- La technologie changera les choses et nous devons faire de la place à ce phénomène.

- La justice réparatrice a été décrite comme une solution de rechange au système de justice officiel. Un participant a mentionné que nous devons regarder à l'extérieur de ce système d'une manière utile et que la justice réparatrice ne peut être traitée comme un programme de déjudiciarisation. Les peuples autochtones ne se sont jamais remis du système qu'on leur a imposé. La justice réparatrice permet le rétablissement et la réparation d'une façon différente des systèmes traditionnels.

> ***« Le système de justice ne convient pas dans tous les cas. »***
>
> **Un participant**

- Les concepts de droits des citoyens et de participation des citoyens au système de justice doivent être redéfinis.

3) DIVERSITÉ ET ACCÈS À LA JUSTICE

Le professeur **Brian Etherington**, de la Faculté de droit de l'Université de Windsor, a dirigé cet atelier. Il a donné son avis sur la mesure dans

laquelle les besoins en matière d'accès à la justice des différents groupes qui composent la société canadienne sont comblés. Il a mentionné :

> Des progrès majeurs ont été réalisés sur le plan du fond, à la fois en ce qui concerne la reconnaissance des intérêts des divers groupes et du sens de la notion de justice et d'égalité pour leurs membres. Il en a cependant été autrement en ce qui concerne les mécanismes de prestation et les procédures nécessaires pour assurer l'accès à la justice.

Il a ensuite démontré comment, depuis 20 ans, notre système de justice reconnaît beaucoup plus les intérêts des groupes minoritaires qui doivent être protégés. Les années 1980 à 1985 ont été particulièrement importantes à cet égard :

> La notion traditionnelle d'égalité – une égalité purement formelle signifiant un traitement identique pour tous sans égard aux caractéristiques personnelles – a été abandonnée en faveur d'une nouvelle conception d'égalité matérielle des chances permettant à chacun de démontrer ses capacités sans être entravé par des obstacles qui sont fondés sur des attributs de la diversité ou qui ont une incidence défavorable inutile sur les membres des groupes désignés par un motif de discrimination prohibé.

Cependant, en dépit de ces progrès, « nous n'avons pas vraiment réussi à élaborer des mécanismes de prestation qui permettent de concrétiser la promesse d'une grande expansion du droit à l'égalité ». Différentes raisons expliquent cet échec, notamment des mesures de mise en œuvre et d'évaluation et des mécanismes de communication déficients et des ressources insuffisantes. Finalement, « nous avons commencé à transférer des instances et des tribunaux publics à des organisations privées – les syndicats et les arbitres chargés du règlement des griefs – le pouvoir d'examiner les plaintes relatives aux droits de la personne ». Cette tendance présente cependant un danger :

> Les spectres de la privatisation et de la collectivisation des processus d'application des droits de la personne et des droits garantis par la Charte nous amènent à craindre que l'équilibre fragile existant entre, d'une part, les valeurs que sont l'accès à la justice et l'égalité matérielle et, d'autre part, les valeurs d'efficience et du marché, qui est inhérent à tout régime de protection des droits de la personne, ne soit graduellement perdu en faveur des valeurs du marché.

M. Etherington a tiré la conclusion suivante :

> La promesse d'égalité et de protection des intérêts de ces groupes qui découle des modifications législatives adoptées récemment et des décisions portant sur la teneur des droits garantis par la Charte et par les lois relatives aux droits de la personne n'a jamais été plus grande. Mais, pour bon nombre de membres des groupes minoritaires, la réalisation de cette promesse est menacée par notre incapacité à élaborer des mécanismes de prestation appropriés en matière d'accès à la justice. Par exemple, nous n'avons pas été en mesure de trouver des mécanismes acceptables et efficaces permettant d'imposer des mesures relatives à l'équité en matière d'emploi à l'échelle du système au bénéfice d'une majorité de Canadiens. Nous n'avons pas été en mesure non plus d'allouer des ressources suffisantes pour que les plaintes de discrimination présentées sous les régimes traditionnels des droits de la personne puissent être traitées efficacement. En outre, il y a la tendance vers la privatisation et la collectivisation des processus de règlement des plaintes fondées sur la Charte ou sur les lois relatives aux droits de la personne.

Il sera très difficile de corriger la situation et de recentrer nos efforts sur l'accès à la justice afin que les intérêts des différents groupes soient protégés dans le climat économique actuel :

> Ce qu'il faut, c'est rien de moins qu'un nouvel engagement envers les valeurs d'accès à la justice afin d'assurer la protection des intérêts des groupes minoritaires et une recherche de nouvelles ressources et de mécanismes publics de prestation qui nous permettront de combler le fossé entre la promesse et la réalité. Mais nous devons, dans notre examen de nouveaux mécanismes de prestation, nous préoccuper davantage de leur efficacité en matière de protection des intérêts des différents groupes qui composent la société canadienne que du fait qu'ils permettent de venir à bout des cas accumulés.

Discussions

Le conférencier a demandé aux participants de penser à ce qui pourrait être fait pour concrétiser les promesses de reconnaissance des droits à l'égalité et de la diversité. Voici certains des commentaires qui ont été formulés par les participants :

- Si la tendance vers la privatisation se maintient, il faudra mettre en place de nouvelles formes de médiation pour protéger les droits. Dans de nombreuses situations, les gens n'ont aucun pouvoir juridique (p. ex. dans les domaines des droits de la personne, des normes d'emploi, de la procédure de médiation de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié).

- Le discours juridique actuel ne porte pas sur les motifs de discrimination combinés (p. ex. être Autochtone et être une femme). Bien qu'elles posent leurs propres problèmes, les solutions de rechange comme la médiation peuvent s'avérer plus efficaces dans les cas de motifs combinés (race, classe et sexe) que le système traditionnel.

- S'il y a déséquilibre des pouvoirs, nous ne devons pas seulement nous attaquer aux mécanismes en place en matière d'accès à la justice : nous devons également examiner les problèmes sociaux systémiques.

- Il doit y avoir un engagement ferme envers la diversité et l'accès à la justice. Les institutions responsables de l'accès à la justice ne sont pas dévouées.

> ***« On note chez les tribunaux une absence affligeante de volonté de discuter du racisme. »***
>
> **Un participant**

- Pour ce qui est de l'accès à la justice, la bonne nouvelle, c'est qu'on reconnaît les problèmes et les enjeux. La mauvaise nouvelle, c'est que nous ne sommes pas sûrs des solutions à apporter à ces questions difficiles.

- Nous devons briser les catégories rigides d'accès à la justice et laisser tomber un processus strict en matière de litiges pour régler les vraies questions (p. ex. la procédure en place dans les pensionnats doit permettre de régler les cas de violence sexuelle, physique et psychologique).

- Avant de trouver des moyens de réaliser « nos promesses », nous devons déterminer ce que sont ces promesses et qui nous sommes en tant que société.

- Nous ne pouvons pas abandonner le système traditionnel pendant que nous

cherchons des solutions de rechange. Que savons-nous au sujet des stratégies élaborées récemment dans le but d'ouvrir le système traditionnel – des stratégies pour ouvrir la magistrature et les écoles de droit, des stratégies concernant le maintien de l'ordre et la formation sur la sensibilité – et de leurs incidences?

> ***« Traditionnellement, nous célébrons le droit et évitons les questions raciales; le système traite des questions raciales en les évitant. Nous obscurcissons la question en utilisant des termes comme « diversité », mais qu'est-ce que cela signifie? Préjugés raciaux plus pouvoir institutionnel égalent racisme. »***
>
> **Un participant**

- Ce sont toujours les personnes en situation de pouvoir qui parlent de « partenariats », non les gens dans la collectivité. Nous devons redéfinir le lien entre pouvoir et collectivités.

- Les personnes en situation de pouvoir sont favorables à l'égalité et à la diversité uniquement parce que c'est la chose à faire sur le plan politique. Il importe d'avoir un lobby politique plus puissant. Nous devons également nous fixer des objectifs et suivre de près les progrès réalisés.

- Vous ne pouvez pas promouvoir un meilleur accès à la justice sans disposer de ressources et sans avoir davantage de comptes à rendre. Les personnes au pouvoir sont disposées à changer, mais elles ne disposent pas des ressources nécessaires pour le faire.

4) RÔLE DES CITOYENS ET DES COLLECTIVITÉS

Carol McEown, de la Legal Services Society of British Columbia (Vancouver), a dirigé cet atelier. Pour aider à encadrer la discussion, elle a raconté trois histoires décrivant les efforts faits par la collectivité pour utiliser le système juridique ou pour traiter avec lui.

La première histoire concernait le travail de l'Upper Skeena Counselling and Legal Assistance Society qui, peu de temps après sa création, a eu à traiter des affaires relatives aux droits des Autochtones. L'une de ses affaires portait sur les droits de pêche. Des accusations avaient été déposées contre 17 personnes et des filets appartenant à des familles avaient été saisis :

> Les accusations se sont promenées dans les tribunaux pendant plus d'un an, jusqu'à ce que nos chefs décident d'intervenir. Les filets saisis illégalement par les agents des Pêches ont été récupérés quand nos chefs ont investi leurs bureaux et ont repris leurs filets! Un juge qui était responsable en grande partie du retard à régler l'affaire a vu celle-ci lui être retirée quand nous avons contesté ses commentaires racistes; finalement, la Cour suprême de la C.-B. a confié l'affaire à un juge qui a entendu toutes les accusations en une seule journée. Les accusations ont été abandonnées! Quelle victoire mémorable!

Cette histoire montre comment, en revendiquant des droits, une collectivité a appris à « se servir de la loi pour promouvoir [ses] intérêts ». La collectivité a ultérieurement négocié avec succès la création de comités de protection de l'enfance et de nouveaux protocoles pour protéger les enfants autochtones.

La deuxième histoire portait sur les efforts faits par des groupes communautaires pour aider les personnes qui comparaissent devant le tribunal de la famille sans être assistées d'un avocat. Un programme de formation sur la défense des droits devant le tribunal de la famille a été élaboré et

financé afin que des personnes puissent aider des demandeurs et des défendeurs à remplir les formulaires requis et à préparer leurs arguments.

Le programme a été couronné de succès au début, mais une évaluation effectuée deux ans plus tard a révélé que « la moitié des projets mis en place pour aider les clients à se représenter eux-mêmes devant le tribunal s'occupaient dorénavant de donner de l'information, de mettre en rapport des personnes avec d'autres services et d'offrir un 'soutien émotionnel' ».

M^me^ McEown a expliqué :

> Deux éléments étaient absolument nécessaires pour que le projet fonctionne. Le groupe communautaire parrainant le programme devait disposer d'un financement stable, de ressources suffisantes pour gérer le programme et d'une certaine crédibilité dans la collectivité. En outre, il devait pouvoir compter sur un représentant du système de justice familiale. Sans la crédibilité du personnel et de la collectivité, il aurait été impossible de maintenir les services. Sans le soutien d'une personne venant du système, il était trop difficile de continuer à fournir le service. Des clients n'étaient pas mis en rapport avec d'autres intervenants, le travail était contesté et aucune mesure de soutien n'existait.

Le problème s'explique en partie par le fait que la procédure est devenue beaucoup plus complexe. Ce qui semble manquer, c'est une forme de coopération qui reconnaît les obstacles auxquels fait face une personne qui cherche à résoudre un problème ayant une solution juridique.

> ***« Les règles étant beaucoup plus complexes, les gens sont obligés de frapper à plusieurs portes et de présenter leur cas à différents forums avant de pouvoir le soumettre à un juge. »***
>
> **Carol McEown**

La troisième histoire portait sur des programmes de justice réparatrice pour les jeunes. Ces programmes communautaires axés sur la recherche de solutions ont pour but de garder les jeunes éloignés du système judiciaire. M^me^ McEown a fait remarquer :

> Tout ce que la collectivité devait faire, c'était convaincre les responsables des services correctionnels et le gouvernement provincial de réduire le financement des lieux de détention et d'utiliser les sommes ainsi dégagées pour financer les programmes de rechange. Lorsque j'ai parlé à la province, on m'a répondu que, si les programmes étaient financés, il ne s'agirait plus de véritables initiatives communautaires.

M^me^ McEown a également entendu des histoires d'enfants qui n'auraient normalement jamais été accusés, qui ont consenti à une peine parce qu'ils ne savaient pas qu'ils avaient leur mot à dire.

Ces histoires mettent en lumière trois problèmes qui doivent être résolus :

1. Il existe de nombreuses collectivités. Quel est le meilleur endroit où discuter des différents points de vue sur la justice et apprendre d'autres façons de la rendre?

2. Les programmes élaborés par une collectivité peuvent ne pas convenir à une autre. Le règlement extrajudiciaire des conflits et les programmes de justice réparatrice sont considérés comme les nouveaux sauveurs du système de justice.

3. Comment en arriver à ce que le système de justice partage son pouvoir et ses ressources?

Discussions

Les discussions ont rapidement porté sur les façons de définir les collectivités et de les faire participer au processus d'accès à la justice. Les participants ont formulé les observations suivantes :

- Il est très difficile de maintenir la participation de la collectivité. Du temps, de l'attention et des discussions sont nécessaires pour définir votre collectivité sur le terrain (pour construire des ponts). Vous devez être flexible et tenir compte de la diversité. En outre, certaines collectivités ne sont pas intéressées à fournir des services.

> ***« L'éducation du public est un élément important du développement communautaire. »***
>
> **Un participant**

- Nous parlons d'organiser les collectivités de façon qu'elles puissent être en contact avec le système de justice traditionnel, mais comment faire? Comment intégrer une personne en autorité dans la collectivité et comment nous assurer qu'une telle personne est présente dans la collectivité?

- Certains participants étaient préoccupés par le transfert des services et des responsabilités à la collectivité. Celle-ci a besoin de ressources suffisantes pour ne pas être simplement une « couverture » sur qui on se décharge de ses responsabilités.

- La loi n'est pas la meilleure ressource en cas de problème dans la collectivité. Il faut soutenir les systèmes sociaux de façon que la loi ne soit utilisée qu'en dernier recours. Dans le système actuel, la loi est trop souvent invoquée pour régler les problèmes sociaux.

- La justice devrait être informelle. Les collectivités sont en partie détruites par la primauté du droit. Nous pourrions peut-être éviter cette approche.

Plénière de l'après-midi

Au cours de la plénière de l'après-midi, les rapporteurs ont résumé les discussions de chacun des quatre ateliers, ce qui a amené d'autres discussions.

1) Perspective économique : davantage ou moins?

Owen Lippert, de l'Institut Fraser, était le rapporteur de cet atelier. En plus de résumer l'exposé et les discussions, M. Lippert a invité les participants à se demander pourquoi d'« autres programmes ou de nouveaux programmes » d'accès à la justice devraient être financés.

> *« L'accès à la justice n'est plus un besoin absolu, mais devient un besoin relatif quand les fonds publics se font rares. »*
>
> Owen Lippert

Il a également encouragé les participants à examiner les causes profondes des problèmes liés à l'accès à la justice, « en tenant compte des compétences des fournisseurs des services de justice », et a fait remarquer que les décisions relatives au financement des programmes d'accès à la justice devraient dépendre de la recherche et « non des caprices politiques ».

Discussions

- Nous devons encourager l'élaboration de principes nationaux – on ne sait pas avec certitude ce qu'on attend du système de justice.
- Nous devons commencer à mettre en pratique ce que nous prêchons en ce qui concerne le renforcement des capacités des collectivités et la participation de celles-ci au système de justice.
- L'aide juridique ne possède pas d'indicateurs ou de mesures permettant de déterminer les ressources requises.
- Nous devons envisager la possibilité de mettre en place des programmes scolaires pour les jeunes – les jeunes constituent notre plus grande ressource.
- Nous devons effectuer des recherches dans le but d'évaluer l'efficacité de notre processus d'incarcération actuel. Nous devons déterminer le taux de réussite du système carcéral – récidivisme, niveau de vie – et voir si la situation s'est améliorée.

2) Nouveaux partenariats et nouveaux mécanismes de prestation

Maureen Maloney, codirectrice du Institute for Dispute Resolution, de l'université de Victoria, en Colombie-Britannique, a mentionné que les participants à cet atelier ont notamment discuté du défi que représente la promotion de la justice participative et de la nécessité de reconnaître la différence entre justice pénale et justice sociale. On a discuté de différentes

> *« Notre société est tellement diversifiée que les réponses aux problèmes liés à la justice seront diversifiés. Nous avons peut-être besoin de passer, sur le plan philosophique, d'un système fondé sur le néolibéralisme à un système enraciné dans la collectivité et conscient des enjeux culturels. »*
>
> Maureen Maloney

solutions, notamment de la possibilité d'énoncer les principes fondamentaux du système de justice (p. ex. le respect, l'équité, la responsabilité et la tolérance) et d'encourager les changements dans la culture de la justice (p. ex. en créant des partenariats et en cessant de penser que les responsables de la justice connaissent toutes les réponses).

M^me^ Maloney a ensuite demandé aux participants de réfléchir aux répercussions de la mondialisation sur notre conceptualisation de la justice et à l'avenir du système de justice au cours des dix prochaines années, compte tenu de la nouvelle ère de l'information.

Discussions

- La mondialisation a fait en sorte que nous sommes moins en mesure de prendre nos propres décisions (réduction de la souveraineté). De nombreuses questions relatives à la justice ne relèvent plus, dans une certaine mesure, de la souveraineté (p. ex. les personnes poursuivent des compagnies dans d'autres pays). Il est difficile de répondre à la question de la mondialisation parce que celle-ci comporte beaucoup d'aspects.

- La mondialisation crée des disparités dans les pays en développement et réduit la mobilité de la population. Par exemple, certaines multinationales versent des salaires peu élevés à leurs employés dans les pays en développement. Nous criminalisons les individus qui utilisent des moyens illégaux pour entrer au Canada alors que des sociétés tirent parti de la loi. La mobilité des personnes est restreinte en faveur de la mobilité des capitaux.

> ***« La justice doit être adaptée aux solutions locales en raison de la diversité culturelle de plus en plus grande. »***
>
> **Un participant**

- Même si les gens voient la mondialisation et l'ère de l'information sous un jour défavorable, celles-ci présentent tout de même des avantages. Par exemple, l'ère de l'information a permis à certaines collectivités autochtones de communiquer avec des groupes à l'étranger, ce qui leur a donné plus d'influence.

- Les problèmes sociaux de l'extérieur du système de justice aboutissent finalement dans le système de justice. On présume que le système de justice offre les meilleures réponses, alors qu'il arrive parfois qu'il propose les pires solutions. Nous devons avoir accès à des solutions plutôt qu'à la justice.

- Il y a un risque à mettre l'accent sur la technologie de l'information comme moyen d'atteindre les collectivités non traditionnelles. Cependant, la technologie de l'information est importante et le ministère de la Justice devrait la prendre au sérieux.

- La technologie de l'information soulève aussi des questions au regard de la commercialisation croissante d'Internet. Nous devons veiller à ce que les questions de justice puissent être discutées sur la place publique (risque de parrainage par des sociétés).

- La technologie a tendance à réduire l'espace public. Les gens resteront simplement chez eux et ne participeront pas à des discussions publiques. Nous devons trouver un moyen de faire en sorte que les gens continuent de se rencontrer face à face.

3) DIVERSITÉ ET ACCÈS À LA JUSTICE

Maggie Hodgson, de l'Assemblée des Premières Nations, était la rapporteuse de cet atelier. M^me^ Hodgson a commencé par prédire que 2000 sera une année pour les guérisseurs et la

réconciliation. Un processus autant spirituel que juridique sera entrepris pour créer des liens et convaincre les gens de traiter les autres avec respect. La diversité et la justice ne sont pas seulement un processus juridique : elles sont aussi un processus spirituel.

M^me^ Hodgson a également mentionné que le système de justice traditionnel suppose qu'une fois qu'une décision est prise le problème est réglé et justice a été rendue. Voulons-nous réellement de ce style de justice axée sur les plaintes? Où est la volonté de changer les pouvoirs institutionnels?

> *« L'argent ne guérit pas les plaies et ne mène pas à la justice. »*
>
> **Maggie Hodgson**

Discussions

- Comment formulons-nous le processus d'habilitation? Comment mesurons-nous les progrès et les changements réalisés? Lorsqu'il y a accroissement de l'égalité et de la justice, cela nous donne-t-il des résultats?

> *« Nous devons arrêter de penser que la prison est une solution à la criminalité (p. ex. la surreprésentation des jeunes Autochtones). »*
>
> **Un participant**

- Les diverses collectivités ont des besoins différents (p. ex. les collectivités afro-canadiennes et les collectivités autochtones ont des besoins différents).

- Il faut accroître la visibilité des divers groupes oeuvrant dans le système de justice.

- Qu'arrive-t-il exactement lorsqu'une collectivité dispose de pouvoirs? Qui peut exercer effectivement ces pouvoirs et à qui doit-on rendre des comptes?

- La mesure ultime de la justice est la réconciliation et la reconnaissance d'un acte répréhensible, mais nous réglons traditionnellement les différends en utilisant des mesures de dédommagement, comme l'indemnisation financière. Il faut absolument que la collectivité contribue à définir la solution à apporter à un problème complexe (p. ex. les pensionnats).

- Le processus d'évaluation est en grande partie politique. Le gouvernement tient habituellement seulement à ce que l'évaluation soit effectuée pour pouvoir dire que le programme a été évalué.

- La prévention et ses bienfaits sont souvent passés sous silence lorsqu'on étudie des objectifs – la prévention devrait être évaluée.

4) RÔLE DES CITOYENS ET DES COLLECTIVITÉS

Penelope Rowe, du Community and Social Services Council, de Terre-Neuve et du Labrador, a résumé le dernier atelier. M^me^ Rowe a souligné à quel point la société devient plus polarisée (entre le riche et le pauvre, l'instruit et le non instruit, les régions rurales et les régions urbaines, les personnes influentes et les autres) et comment ce phénomène constitue une plus grande menace pour la cohésion sociale. Les politiques publiques du gouvernement sont parfois incohérentes et souvent contradictoires. Fait intéressant, l'accès à la justice n'est pas réellement une préoccupation publique car elle n'est pas abordée dans le contexte public au sens large.

M^me^ Rowe a indiqué que nous devons considérer la justice dans toutes ses dimensions, comme une notion large et universelle. Elle doit permettre l'examen de questions de société – de justice sociale – comme la santé, l'insécurité, l'éducation et la pauvreté (p. ex. les « déterminants du modèle de santé »). Nous comprenons

et exprimons souvent ces idées, mais la politique, les programmes et les ressources sont absents. Notre dialogue doit être plus horizontal, et la planification et la conception des politiques doivent mener à une meilleure cohérence des politiques et des programmes.

> ***« Le principal défi est de combiner le tout : construire des ponts, créer un réseau d'interlocuteurs compétents en qui on peut avoir confiance ainsi qu'un plus grand nombre de partenariats, trouver de meilleures façons d'intégrer ce que nous savons et mettre en commun nos connaissances et nos meilleures pratiques. »***
>
> **Penelope Rowe**

M^me^ Rowe a ensuite demandé aux participants de trouver des façons de gérer les changements et de nous y adapter et de réfléchir à ce que seront les prochaines étapes qui feront avancer le débat sur l'« accès à la justice » et à la manière dont nous surmontons les obstacles qui se posent entre les différents ordres de gouvernement et les diverses populations.

Discussions

- Les discussions sur la participation communautaire se déroulent à une époque où le gouvernement abolit des programmes sociaux et laisse tomber des normes nationales.

- Comment régler les conflits créés par les limites de compétence? Comment reconstruire notre environnement actuel de façon à y intégrer les collectivités?

- Le système juridique actuel repose sur les conflits, sur le précepte « des gagnants et des perdants » et, par sa nature même, tend à rompre les liens plutôt qu'à les rétablir.

- Les discussions sur la participation communautaire ont pour but de faire oublier que le gouvernement se décharge de ses responsabilités et qu'il réduit les ressources.

> ***« Il doit y avoir un engagement envers le partage du pouvoir et la notion de l'inclusion. »***
>
> **Un participant**

- Le système de justice ne convient pas à toutes les situations. Nous devons rétablir les ponts entre les différentes responsabilités, mobiliser les collectivités et soutenir les projets communautaires.

- Il faut rechercher et comprendre les bons « programmes pilotes ».

- La participation communautaire est positive en ce sens que tous les ordres de gouvernement peuvent financer ces programmes. Cependant, les problèmes de compétence des gouvernement se retrouvent souvent au niveau communautaire, ce qui diminue la capacité des collectivités de régler les questions liées à la justice.

Synthèse – Les principaux défis à relever

On a confié à **Gilles Paquet** la difficile tâche de faire la synthèse des différents commentaires et idées formulés au cours de la journée.

> ***« Si vous n'avez qu'un marteau, tout ressemble à un clou. » Anonyme***
>
> **Cité par Gilles Paquet**

Il a indiqué que le message qui est ressorti de la première séance du colloque était que la situation de l'accès à la justice au Canada n'est pas aussi reluisante qu'on le croit généralement. En résumé, « la 'forteresse' qui protège les institutions de la justice officielle, telle qu'elle est définie par les tribunaux traditionnels, n'est pas imprenable, [...] il y a même 'péril en la demeure' lorsqu'on examine avec soin la 'maison de la justice' au Canada ». Les trois membres du comité d'experts ont exprimé des points de vue différents sur les façons d'améliorer l'accès à la justice par une meilleure prévention, des liens plus étroits avec les collectivités et une justice plus réparatrice.

M. Paquet a souligné que, dans un sens, les ateliers opposaient les « barbares » aux « personnes qui oeuvrent au sein du système », en d'autres mots, les gens de l'extérieur aux gens de l'intérieur :

> Les trois premiers ateliers étaient bâtis autour des préoccupations qui touchent des groupes de l'extérieur de la forteresse du système de justice officiel. Ils se concentraient sur les aspects suivants : 1) les citoyens et les collectivités 2) la diversité des groupes formant le tissu social du Canada et ceux qui s'intéressent au bien-être de ces groupes; 3) le point de vue des économistes sur le système de justice dans ce qui le distingue de celui des avocats. Le quatrième atelier portait sur l'examen de nouveaux mécanismes et de nouveaux partenariats susceptibles de faciliter l'accès à la justice.

Il était évident que les gens de l'extérieur du système voulaient y entrer. Les participants croyaient fermement que « les profanes et l'ensemble des citoyens [devraient] participer non seulement au processus de création du droit, mais aussi à celui de mise en œuvre de la justice. ».

Voici l'essentiel de certains des messages tirés de chaque atelier par M. Paquet :

Citoyens et collectivités

Le débat a porté principalement sur la difficulté de définir ce qu'est une collectivité, de mettre en pratique le rôle des citoyens et des collectivités et de veiller à la mise en place de l'infrastructure nécessaire pour permettre aux citoyens et aux collectivités de fonctionner efficacement dans un monde 1) où les tribunaux ne sont pas les seuls forums auxquels les citoyens doivent avoir accès et 2) où les circonstances empêchent le recours à une stratégie universelle.

Diversité

Le système traditionnel a endossé avec une ardeur particulière l'argument selon lequel l'accès à la justice doit être assuré par le biais d'un traitement égal. Bien que les tribunaux aient réalisé des « progrès » à cet égard, le système officiel n'a pas vraiment réussi à mettre sur pied des mécanismes de prestation qui permettent de réaliser la promesse d'accroître réellement la reconnaissance du « droit à l'égalité ».

Économique

L'importance de la recherche et de l'évaluation aux fins de la détermination de l'affectation des ressources est manifestement reconnue. De plus, la proposition selon laquelle l'évaluation des résultats pourrait fournir des chiffres susceptibles de traduire la même chose que le mécanisme des prix dans le secteur privé est raisonnable. Toutefois, dans les débats, on n'a pas toujours

réussi à échapper à la tentation d'attribuer trop de pouvoir au modèle rationnel ou de porter aux nues les exercices quantophréniques.

Nouveaux mécanismes et nouveaux partenariats

Les participants ont admis dès le départ que la diversité de la population canadienne et la répartition inégale non seulement des revenus et des richesses, mais aussi de l'accès au pouvoir, rendent impossible de croire qu'un système universel pourrait fonctionner.

Les participants aux différents ateliers ont souligné la nécessité de disposer de plus de ressources ou de ressources différentes, en particulier pour la justice réparatrice. Ils ont également mis en lumière l'inertie fondamentale du système de justice officiel. Un aspect important de ce système réside dans la nature de son infrastructure financière, c'est-à-dire la manière dont les avocats et les autres personnes qui oeuvrent dans ce système sont rémunérés et dans l'efficacité et l'efficience relatives de la répartition actuelle des ressources. Finalement, le système actuel a tendance à mettre l'accent sur les droits et à ne pas accorder suffisamment d'attention aux besoins, ce qui empêche de résoudre les problèmes sans recourir aux tribunaux.

Les nombreuses pressions exercées sur le système de justice ont donné naissance à des situations paradoxales. Par exemple :

> Il est difficile de voir comment cet appel à l'égalité matérielle et à l'uniformité peut être concilié avec l'idée de justice locale ou d'application de normes différentes, adaptées aux circonstances. Ce paradoxe atteint le cœur même du système de justice officiel et attaque son incapacité actuelle à susciter suffisamment de remises en question.

En outre, les demandes d'inclusion et de participation peuvent mettre à l'épreuve les caractéristiques fondamentales de notre démocratie parce qu'« on considère souvent [qu'elles] nuisent considérablement à l'application régulière de la loi ».

M. Paquet a terminé son exposé en faisant quelques suggestions au sujet des démarches qui pourraient être entreprises pour améliorer l'accès à la justice à court terme. D'abord, il faudrait définir, à tout le moins en termes de valeurs, quelle sorte de justice nous voulons.

En deuxième lieu, il était également évident qu'en définissant un système amélioré d'accès à la justice il est impossible d'examiner les possibilités d'alliances avec d'autres groupes et les différents mécanismes de rechange envisageables sans une meilleure connaissance des expériences déjà menées au Canada ou ailleurs et de la mesure de leur succès. Il n'existe aucun ouvrage répertoriant ces expériences. Il semblerait fondamental de veiller à ce qu'un tel document soit immédiatement préparé.

En troisième lieu, des efforts sérieux doivent être faits pour favoriser « la réalisation du plus grand nombre possible d'expériences et de mesures innovatrices destinées à assurer un meilleur accès à la justice ».

Ces simples moyens pourraient paver la voie à des changements plus profonds.

Janice Charette, sous-ministre adjointe principale du Secteur des politiques du ministère de la Justice du Canada, a prononcé le mot de la fin. M^me^ Charrette a indiqué que, durant toute la journée, les participants avaient mis en lumière la nécessité d'élargir le concept d'accès à la justice de façon qu'il englobe les nouvelles approches communautaires (p. ex. l'accès à la justice assurée dans le cadre d'un système holistique comprenant également la politique en matière de santé et la politique sociale). Elle a également souligné que de nombreux participants favorisaient la réalisation

de plus de recherches et un meilleur partage des connaissances, et que les nouvelles initiatives en matière d'accès à la justice doivent être durables et tenir compte du fait qu'il ne peut y avoir de système universel. M^me^ Charrette a terminé son exposé en remerciant les participants d'avoir fait du colloque un succès.

Conclusion

De façon générale, ce colloque d'une journée au cours duquel on a assisté à des échanges extraordinaires a permis d'apprendre que, peut-être maintenant plus que jamais, les acteurs du système de justice et d'autres secteurs d'activités sont très déçus du système de justice officiel. Il y a chez ce groupe éclectique de penseurs renommés un immense désir de changement, un appui considérable à une nouvelle conception du système de justice traditionnel et une impatience à expérimenter de nouvelles façons de faire en sorte que tous les Canadiens aient accès à la justice. Il reste cependant beaucoup de travail à faire. Le colloque constitue seulement le début d'un important processus de réexamen de l'accès à la justice et des moyens de la réaliser.

Les participants au colloque n'ont pas proposé de recette pour faciliter l'accès à la justice, mais ils ont cerné un ensemble de thèmes qui peuvent orienter les efforts menant à la création d'un meilleur système de justice et d'un système de justice plus accessible. En voici un aperçu :

1. La **justice réparatrice** a souvent été discutée au cours du colloque. De façon générale, elle représente une tentative de restaurer les dimensions relationnelles du processus de justice en reconnaissant le rôle de la collectivité et l'importance des interactions humaines. Elle constitue un processus de rétablissement et de spiritualité et non simplement de déjudiciarisation. De nombreux participants ont réfléchi aux leçons que la collectivité non autochtone pouvait tirer des programmes de justice réparatrice.

2. D'emblée, des participants ont fait valoir que l'**accès au système de justice n'est pas synonyme d'accès à la justice**. Comme Roderick Macdonald l'a soutenu dans son exposé, « [n]ous en venons à nous attacher à l'« accès » à la justice plutôt qu'à la « justice » elle-même; et bien que nous proclamions que l'« accès à la justice » est un but, ce que nous visons réellement, c'est l'« accès au droit ». Les préoccupations les plus importantes des Canadiens au sujet de la justice ont peu à voir avec les droits fondamentaux au sens strict : elles concernent plutôt la reconnaissance et le respect. »

   De nombreux participants ont plaidé en faveur d'un changement conceptuel de la culture de la justice dans le but de faciliter une meilleure compréhension de la différence existant entre l'accès au système de justice et l'accès à la justice. Cependant, Lois Gander, de l'Université de Calgary, a fait valoir que « [d]e nouvelles conceptions de la justice ne sont possibles que si nous sommes disposés à abandonner ce que nous connaissons bien pour un moment et à adopter des solutions de rechange, même si celles-ci peuvent sembler irréalistes à première vue. De ces solutions de rechange peut jaillir une idée qui méritera d'être exploitée. »

3. Un message ressortait implicitement de bon nombre des discussions : **on peut parler de justice lorsqu'une solution satisfait toutes les parties à un différend**. Cet énoncé traduit une approche résolument non contradictoire. De nombreux participants ont indiqué que la justice est, de par sa nature, une activité sociale orientée vers la recherche de solutions qui ne cadre pas facilement dans des règles juridiques étroitement définies.

4. De nombreux participants croyaient fermement que l'accès à la justice est subordonné à la reconnaissance des divers besoins des Canadiens – **il n'existe pas de système universel**.

Les questions de sexe, de race et de classe ont évidemment été sous-jacentes aux différentes discussions et ont fait ressortir la difficulté d'assurer l'accès à la justice aux groupes minoritaires, marginalisés et désavantagés.

5. De l'avis de nombreux participants, le système de justice traditionnel ne dispose pas de moyens de répondre aux besoins de la collectivité et la capacité de résoudre les problèmes exige en fait des **programmes et des initiatives communautaires en matière de justice**. Bon nombre de participants s'interrogeaient toutefois sur les moyens de réaliser ce processus. On ignore toujours comment encourager la création de notions locales de justice et comment concilier celles-ci avec les demandes relatives « à l'égalité matérielle et au traitement identique ».

   En plus du rôle de la collectivité, on a également discuté des partenariats entre les collectivités et les différents ordres de gouvernement. Dans quelle mesure le gouvernement devrait-il participer aux initiatives communautaires en matière de justice? La justice « communautaire » a-t-elle pour but de dissimuler le fait que le gouvernement se décharge de ses responsabilités en matière de services?

   En outre, de nombreux participants ont formulé une mise en garde contre le danger de négliger le rôle du système de justice traditionnel. « Ne jetez pas au panier le système de justice civile traditionnel », a demandé Carol McEwon, en soulignant que de nombreux groupes communautaires commencent tout juste à apprendre comment utiliser le système à leur avantage. Pour eux, la loi est un outil puissant de protection des droits et de promotion du changement.

6. Le fait **qu'il est tout aussi important de satisfaire les besoins que de protéger les droits** a été souligné tout au long du colloque. Notre système de justice actuel repose sur la protection des droits. La réflexion menée lors du colloque a mis en relief également l'importance de répondre aux besoins des individus qui tentent d'avoir accès à la justice. De nombreux participants ont fait valoir que la seule manière de comprendre les divers besoins est de mener des consultations auprès de la collectivité et de réaliser des recherches approfondies.

7. La question du **partage du pouvoir et des ressources afin de réaliser l'accès à la justice** a été soulevée à plusieurs reprises au cours du colloque. Les dépenses annuelles de l'ensemble du système de justice dépassent les neuf milliards de dollars. Les membres des groupes défavorisés doivent jouer un rôle important dans la conception du nouveau système de justice, et les ressources actuelles doivent être partagées afin de permettre la mise à l'essai de nouveaux mécanismes facilitant l'accès à la justice.

Il s'agit d'un survol rapide des différents thèmes clés du colloque et de leurs incidences sur la politique en matière de justice. La Division de la recherche et de la statistique du ministère de la Justice du Canada continuera d'examiner la profusion de renseignements découlant du colloque dans une série de rapports plus analytiques. Il reste beaucoup de travail à faire cependant. Pendant le colloque, des penseurs canadiens renommés ont échangé de l'information et partagé leurs points de vue sur l'accès à la justice. Cette information et ces points de vue constituent une source abondante d'idées qui serviront à la réalisation de recherches sur les politiques et à l'élaboration de celles-ci.

Appendice A

Élargir nos horizons : Redéfinir l'accès à la justice au Canada

Hôtel Delta, Ottawa
Le 31 mars 2000

ORDRE DU JOUR

8 h Petit déjeuner léger.

8 h 30 Mot de bienvenue de M. Morris Rosenberg, sous-ministre de la Justice et sous-procureur général du Canada.

9 h 15 Comité d'experts : Trois perspectives sur l'accès à la justice (M. Jacques Dufresne, M. Roderick Macdonald, Juge Mary Ellen Turpel-Lafond); discussions de groupe.

11 h Ateliers. Les participants participeront à un des quatre ateliers :

1) Perspective économique : davantage ou moins (présentation animée par Monsieur Stephen Easton)

2) Nouveaux partenariats et nouveaux mécanismes de prestation (présentation animée par Madame Lois Gander)

3) Diversité et accès à la justice (présentation animée par Monsieur Brian Etherington)

4) Rôle des citoyens et des collectivités (présentation animée par Madame Carol McEown).

12 h 30 Déjeuner

14 h Rapport sur les ateliers et discussions sur les défis importants de l'avenir.

15 h 45 Résumé des défis importants de l'avenir (M. Gilles Paquet).

16 h 15 Mot de la fin par Mme. Janice Charette, sous-ministre adjointe principale, secteurs des politiques, ministère de la Justice, Canada.

16 h 30 Conclusion

Appendice B

L'accès des citoyens à la justice : Enjeux et tendances pour l'an 2000 et après

Mark Kingwell, Université de Toronto

(Préparé pour le colloque du sous-ministre de la Justice et sous-procureur général du Canada, intitulé **Élargir nos horizons : redéfinir l'accès à la justice au Canada** tenu le 31 mars 2000, à Ottawa (Ontario))

Introduction

Dans cette brève communication, je me propose de décrire un certain nombre d'enjeux et de tendances qui conditionnent l'accès à la justice au Canada au seuil du XXI[e] siècle. Je n'essaierai pas de faire des prédictions : je me concentrerai sur les questions qui sont déjà d'actualité et qui resteront probablement au cœur des débats et des mesures qui visent à perfectionner le système de justice au Canada pendant les prochaines années.

J'écris avec un chapeau particulier, celui du critique social et du philosophe politique. Mon but n'est pas d'analyser les politiques fédérales actuelles ni de recenser les publications récentes sur l'accès à la justice : cela déborderait le cadre de mes compétences. D'ailleurs, je ne me confinerai pas non plus à la question précise de l'accès au système de justice. J'entends plutôt vous proposer un bouquet d'idées plus générales qui pourraient nous aider à réfléchir de manière plus productive au problème de l'accès à la justice, en commençant par quelques considérations de fond sur la nature même de la justice et sur les raisons pour lesquelles nous avons besoin de pouvoir compter, comme citoyens, sur des mécanismes de responsabilités et d'influence pour faire régner la justice parmi nous.

Disons d'emblée que l'accès au système de justice est indispensable dans une société juste; d'ailleurs sur ce plan, le Canada ne fait pas aussi bonne figure que certains politiciens infatués voudraient nous le faire croire. Malgré les efforts louables que manifestent les programmes d'aide juridique et les autres mesures visant à démocratiser ce bien social fondamental, il reste que dans notre pays, ce sont encore les mieux nantis qui ont le meilleur accès aux arcanes du droit et des tribunaux et qui ont le plus d'influence dans ce milieu. Certes, la justice ne se borne pas aux tribunaux; j'y reviendrai plus loin. Toutefois, si un grand nombre de personnes ne peuvent pas supporter les frais d'une action judiciaire ou se défendre dans les formes lorsque cette voie est indiquée, on ne peut pas être satisfait des autres aspects de la justice. Comme toujours, les tribunaux représentent le cas limite qui nous permet de savoir si un citoyen donné est bien servi par le réseau social auquel il appartient.

Pour le reste de ma communication, je vais donc me concentrer sur les cinq tendances et enjeux suivants : 1) la diversité culturelle de la population canadienne et l'évolution de la mondialisation démographique; 2) la mondialisation politique, qui découle de la mondialisation de la vie économique et culturelle et entraîne une perte de confiance à l'égard des souverainetés

nationales; 3) la relation isomorphe complexe entre la politique et la culture, une relation qui se transforme rapidement, maintenant à l'échelle mondiale; 4) le rôle de la technologie, et de l'accès à cette dernière, dans la vie politique; 5) la possibilité de nouvelles formes d'action civique et d'accès à la justice dans un monde marqué par la vitesse.

Compte tenu de l'espace qui m'est alloué, je ne pourrai m'étendre sur aucune de ces questions, mais j'espère que mes pistes de réflexion, nécessairement tronquées, sauront alimenter un débat ultérieur.

1. Pluralité

Le Canada a un dossier enviable pour ce qui est d'accommoder à la diversité culturelle et ethnique dans le cadre de son fédéralisme évolutif. En ce sens, on peut le citer comme modèle à l'égard du problème contemporain qui consiste pour les États libéraux à s'adapter à l'évolution de leur démographie. Toutefois, on ne peut pas dire que le Canada cultive véritablement la diversité, surtout dans des domaines fondamentaux pour la justice comme la profession juridique et le système judiciaire. (On pourrait certes en dire autant des universités, de l'administration publique et, en général, de bien d'autres professions.)

Le libéralisme, un courant dominant de la théorie politique moderne, est basé sur le principe selon lequel l'État n'est légitime que s'il autorise la pluralité des points de vue quant au mode de vie. Au début de l'ère moderne en Europe, ce principe de tolérance répondait surtout, voire uniquement, à la question religieuse et constituait en grande partie une solution pragmatique au problème que posaient les guerres sanglantes entraînées par des désaccords théologiques parfois abscons. (Le fait qu'un point de désaccord soit abscons ne signifie pas, comme l'histoire l'a démontré, que le conflit qui en résulte soit moins grave ou moins violent.) Pour les premiers penseurs du libéralisme, comme Locke et Spinoza, une société peut tolérer différentes voies vers le salut, en tant que choix personnels, dans la mesure où les structures de base comme la propriété et les contrats sont garantis par une autorité centrale. C'est ainsi que l'idée selon laquelle l'État doit reposer sur une base philosophique ou théologique unique et suffisante – dont découle un modèle « parfait » du citoyen – est peu à peu supplantée par celle de l'État garant et gardien des droits fondamentaux, les choix personnels étant laissés au jugement de chacun.

Cette synthèse est très simplifiée. En pratique, de nombreux vieux conflits éthiques et religieux ont perduré et bien d'autres ont surgi. La solution que propose le libéralisme au problème de la diversité n'a jamais été parfaite, et elle a été contestée par des groupes particuliers qui se considèrent négligés à la base par l'orthodoxie libérale : femmes, homosexuels, gens de couleur, Nations Premières. D'ailleurs, le problème de la pluralité ne se borne plus aux différences religieuses : il s'étend maintenant aux différences de culture, de race, de sexe, d'orientation sexuelle. Ainsi, les États libéraux sont obligés de faire preuve de souplesse et d'ouverture et de trouver de nouvelles formes de compromis entre des citoyens dont les valeurs éthiques ont de moins en moins de plages communes.

Il ne serait donc pas incorrect de parler d'États non pas « libéraux », mais « libéraloïdes », qui réussissent à concilier des textes fondamentaux très consistants comme la *Charte canadienne des droits et libertés* (qui dépasse les principes minimaux du libéralisme classique) avec des formes d'identité citoyenne plus ouvertes qui ne tiennent pas à tout prix au consensus ou à une identité commune. Compte tenu de la diversité croissante de notre population et de la minorité des personnes d'ascendance européenne à l'échelle de

la planète, cette ouverture paraît tout aussi indiquée que nécessaire.

Toutefois, elle n'est pas encore évidente dans les institutions, surtout dans celles qui sont conservatrices par définition. Le système judiciaire canadien constitue d'ailleurs un bon exemple. En effet, si les femmes ont fait des percées importantes dans ce milieu depuis quelques années, les personnes de couleur et les Autochtones canadiens sont toujours singulièrement sous-représentés dans la magistrature du pays. Ce phénomène a une incidence sur la qualité de la justice dont peuvent se prévaloir de nombreux citoyens de notre pays, quoique d'une manière trop subtile pour qu'on puisse la mesurer.

Au demeurant, ce phénomène nous pousse à nous demander si la société canadienne est assez sensible à la diversité culturelle et ethnique qui la caractérise. Le Canada se montre relativement accueillant aux personnes des autres pays qui cherchent une vie meilleure. En cette nouvelle période de notre histoire que nous inaugurons, il nous incombe de demeurer fidèles à cet esprit d'accueil en transformant l'infrastructure sociale et politique du pays pour tenir compte de la diversité des gens qui choisissent de se reconnaître comme Canadiens.

2. Mondialisation et citoyenneté

En regard de cette politique d'immigration relativement généreuse, le tableau qui s'offre à nous si on s'intéresse inversement aux relations de notre pays avec l'extérieur pose un genre de problème différent. De fait, il nous faut maintenant revoir nos principes de justice aussi bien par rapport aux autres pays que par rapport à notre propre population. Cette remise en question aura probablement une incidence sur notre conception de la citoyenneté, que ce soit par rapport au Canada ou à tout autre pays.

Je ne suis pas le premier à affirmer que les anciens principes d'appartenance civique sont devenus désuets. Mais il n'est pas inutile de le répéter, surtout quand on parle d'accès à la justice. Certes, les structures politiques auxquelles les anciens principes d'appartenance civique sont intimement liés, notamment les gouvernements nationaux qui fournissent des services à leurs citoyens en retour de leur allégeance fiscale, survivent encore. Mais elles sont faibles – et parfois, elles ne sont rien à côté des vrais pouvoirs de notre monde, des véritables lieux d'allégeance et d'identité de la plupart des gens, à savoir les sociétés commerciales. (Je ne prétends évidemment pas ici que cette allégeance soit justifiée ou méritée.)

Les sociétés commerciales ne se sont pas seulement emparées des structures de production et de consommation. Dans les cas extrêmes, elles occupent aussi notre vie privée et nos espaces publics. Au surplus, elles créent des liens d'appartenance beaucoup plus solides que ce qu'un État morcelé ou velléitaire peut espérer offrir. Elles fournissent des structures d'identité et de loyauté, des moyens de se situer dans un monde complexe. Sans compter qu'elles sont nettement plus puissantes et bien plus riches que nombre de pays : le budget annuel de la France n'équivalait qu'aux trois quarts de la valeur combinée d'America OnLine et de Time Warner lorsque ces deux géants médiatiques ont fusionné en janvier 2000, et le chiffre d'affaires de K-Mart aux États-Unis en 1998 était égal au budget estimé de l'armée russe en entier.

Or, les sociétés commerciales ne sont pas démocratiques et ne jouissent pas de la légitimité politique nécessaire pour justifier ce genre de pouvoir. Il existe des marchés mondiaux, si iniques et si déséquilibrés soient-ils; il existe une culture mondiale, si banale et si débilitante soit-elle. Ce qu'il nous manque, ce dont nous avons désespérément besoin, c'est une enceinte

politique mondiale pour faire contrepoids à ces forces en place.

Ce problème a un rapport avec l'accès à la justice, car la restructuration soudaine des vecteurs de pouvoir dans le monde a entraîné, dans bien des cas, un amoindrissement radical de la souveraineté nationale, donc une diminution de la capacité des gouvernements nationaux à répondre aux besoins de leurs citoyens. Les pays qui sont issus des mouvements d'unification des dix-septième et dix-huitième siècles, ou qui ont acquis leur poids après les bouleversements des guerres mondiales de notre siècle, semblent voués à la disparition. Dans bien des cas, y compris au Canada, la nation d'hier se réduit de plus en plus à une colonie économique assujettie à un marché qui ignore la souveraineté. Tout membre du G-7 qu'il soit (G-8 si on invite cet autre pays en déchéance qu'est la Russie; ou même G-20 selon une formule proposée), le Canada n'est pas en mesure de régler ses propres affaires.

Comment les citoyens doivent-ils réagir? Ce n'est pas encore évident. Doivent-ils réclamer des comptes, c'est-à-dire demander justice, à de nouvelles instances, comme lorsque des manifestants se sont réunis pour protester contre l'Organisation mondiale du commerce à Seattle en 1999 (premier acte important de citoyenneté postnationale)? Ou doivent-ils continuer de réclamer l'accès aux ressources encadrées par leur gouvernement national même si celles-ci sont de plus en plus faibles et instables? Indéniablement, il faut trouver dans l'immédiat des modes d'action civique complexes et multiformes au service de la justice : il faudra savoir à qui nous adresser selon le cas pour demander des comptes et réclamer une juste distribution des biens sociaux; il faudra savoir qui est le plus apte à nous donner satisfaction selon le cas.

Il est évident que la situation n'est pas appelée à se simplifier dans un proche avenir – au contraire. L'accès à la justice, comme tous les autres aspects de la vie contemporaine, ne peut plus se limiter au cadre national. Nos revendications en matière de justice sont toujours tempérées par les besoins de nos concitoyens : n'est-ce pas là le sens même de ce qu'on appelle le civisme? Le nouveau défi que pose le siècle qui commence consiste à trouver un moyen de redéfinir la citoyenneté à l'échelle transnationale, et éventuellement post-nationale, sans renoncer à un milieu de vie civilisé, ordonné, productif et agréable. Une des choses auxquelles on peut s'attendre – et on le voit déjà dans une certaine mesure, comme une bonne partie de ce que je viens de décrire – c'est de voir le palier national en terme d'organisation politique perdre de son importance au profit des instances municipales et transnationales en terme d'organisation (ou, plus exactement, de gouvernance).

3. Culture et conflits

À la lumière de ces réalités planétaires, il est temps d'admettre qu'on ne pourra pas régler le problème de l'absence d'instance politique dans notre culture mondiale en nous contentant de continuer de parler des États et de leurs lois, ni d'ailleurs en nous confinant à l'échelon local, si proche et si important puisse-t-il nous paraître. En adoptant cette ligne de conduite, valable à l'époque où le monde était encore dominé par le modèle de l'État-nation du siècle dernier, on ne fait que céder la scène mondiale aux sociétés commerciales, qui en profitent pour créer et dominer des marchés, pour violer l'environnement et pour accumuler du profit sans égard pour la main-d'œuvre créatrice de la richesse.

On peut dire que tout cela est évident. Ce qui l'est moins pour bien des gens, c'est ce qu'on peut faire au juste pour s'attaquer à ce problème. Aussi les nouvelles théories politiques de la citoyenneté doivent-elles maintenant avoir pour

but de donner un sens à l'activité politique dans un contexte où ce genre d'activité semble devenir de plus en plus futile. Il faut répondre aux défis du mondialisme au lieu de se retirer. Il faut faire du nouvel idéal cosmopolite non pas seulement un rêve de commerçant, une bonne idée de campagne publicitaire pour GAP, mais une réalité politique. Nous devons en outre créer un nouveau sens d'appartenance qui reconnaisse les différences tout en les transcendant, et en créant un engagement politique au-delà des frontières sans oblitérer ce qui fait l'intérêt même de ces frontières. Déjà, on ne peut voyager de par le monde sans tomber sur une boutique de Disney, sur un McDonald ou sur un entrepôt de Nine West dans une place publique. Pourrait-on parler de victoire si nous nous contentions de reproduire cette ennuyeuse homogénéité en matière de citoyenneté?

Tout un contrat. Le défi permanent d'une théorie politique pluraliste consiste à trouver un minimum de substance assez « consistant » pour rassembler les citoyens mais aussi assez « coulant » pour leur permettre de vivre leur vie privée comme ils l'entendent. Le même défi se pose peu importe que l'on reste dans le cadre d'un État-nation comme le Canada ou les États-Unis ou que l'on tente audacieusement de s'attaquer à une sphère plus large. Quand on pense aux difficultés auxquelles font face même les milieux politiques d'envergure locale ou nationale – conflits incessants entre le Québec et le Canada anglais, divisions radicales et menaces de séparatisme toujours présentes entre les Blancs et les Noirs en Amérique –, il peut sembler hasardeux de s'attaquer à un plan supérieur. Existe-t-il, peut-il seulement exister, une conception unique de la citoyenneté qui réponde aux besoins des gens qui vivent en Allemagne autant que de ceux de l'Indonésie? Si on trouve une formule quelconque qui trouve résonance à ces deux endroits, sans parler des centaines d'autres entre les deux, cette formule sera-t-elle autre chose qu'une coquille vide?

Pour arriver à une réponse concrète, il faut restreindre un peu nos paramètres de recherche. Car la réponse simple à la première question est évidemment « non » : il n'existe aucune conception unique de la citoyenneté pouvant répondre à la diversité des nations actuelles. Pour commencer, la plupart de ces nations (et l'Allemagne est un bon exemple) sont enracinées dans la notion héritée du XIX^{e} siècle, qui relie la nation à l'*ethnos*, c'est-à-dire qui la considère comme un groupe de personnes apparentées sur le plan racial. Contrairement au concept plus ancien de *demos*, soit un groupe de personnes entretenant un lien politique, la conception ethnique de la nation renferme en soi un principe d'exclusion. D'où les degrés de citoyenneté offerts aux personnes qui entrent aujourd'hui en Allemagne, depuis le *Gastarbeiter* au bas de l'échelle, c'est-à-dire le travailleur étranger, équivalent moderne du Métèque de l'Athènes d'autrefois, jusqu'au citoyen « pur sang ». Et il ne s'agit pas là d'un exemple extrême. Pour trouver des cas extrêmes d'exclusion politique fondée sur la race, il faut regarder du côté du sud-ouest, soit des Balkans; ou encore au cœur de l'Afrique, soit au Rwanda.

Si on s'attarde trop longtemps à ces viles pratiques, on risque de perdre confiance envers la possibilité de dire ou de faire quoi que ce soit. Ces déviances sont inévitables sur le terrain politique, mais elles ne doivent pas obnubiler notre champ de conscience. Il n'empêche que l'application violente de la notion d'appartenance dans ces cas lamentables semble défier toute tentative de promouvoir une forme de citoyenneté basée sur la pluralité. Pour revenir aux concepts antagonistes de consistance et de souplesse, comment peut-on trouver une formule qui convienne à tous les contextes politiques sans perdre sa consistance au point de devenir vide de substance?

Ce que nous cherchons, c'est une forme d'universalisme. Toutefois, ce mot a une consonance suspecte dans le discours politique de notre époque; aussi faut-il trouver une forme d'universalisme qui soit acceptable pour les personnes qui font remarquer – à juste titre – que la plupart des formes d'universalisme proposées jusqu'ici ont abouti à des pratiques opprimantes. Pour les personnes qui ne sont même que légèrement différentes des hommes rationalistes blancs qui ont été les premiers à préconiser l'universalisme, la tentative de s'élever au-dessus des particularités à la recherche d'une identité supérieure s'est carrément traduite par un dénigrement systématique de leur luttes très concrètes pour un minimum d'identité. Comme le philosophe Iris Marion Young l'a résumé : « En chantant les vertus de la citoyenneté comme forme de participation à un domaine public universel, les hommes modernes ont cherché à fuir la différence sexuelle, n'arrivant pas à reconnaître une autre forme d'existence qu'ils ne pouvaient pas entièrement comprendre, esquivant l'incarnation, la dépendance par rapport à la nature et la moralité que la femme représente. »

Mais il y a une différence importante entre l'universalisme absolu et l'universalisme pluriel, et c'est le théoricien politique Michael Walzer qui fut le premier à faire cette distinction dans le domaine de la justice. L'universalisme absolu consiste à prendre une conception unique d'une notion X, en l'occurrence la citoyenneté, et à l'imposer partout, sans égard aux circonstances ou aux besoins particuliers. Il est presque inévitable que ce genre de citoyenneté universelle soit reçue sur le terrain comme étrangère, voire comme opprimante. En revanche, l'universalisme pluriel reconnaît les limites pragmatiques de la réflexion philosophique et de l'action politique. Il n'exige pas l'application d'un concept unique dans tous les cas; il suffit que chaque cas, peu importe ses particularités, exprime d'une façon ou d'une autre une interprétation de la valeur universelle. Ainsi, par exemple, la culture scientifique d'aujourd'hui est régie par l'universalisme absolu; on peut dire à tout le moins que c'est la forme que les scientifiques lui confèrent le plus volontiers. Mais il fut une époque pas si lointaine où ils s'accommodaient d'une forme beaucoup plus diversifiée d'universalisme, puisque les représentants de chaque domaine d'étude empirique essayaient d'exprimer la vérité scientifique par les moyens qui leur étaient propres et selon des traditions différentes. La notion de vérité scientifique, en tant que valeur universelle, était placée au-dessus de tout pour chaque sujet d'étude, mais avec des variantes qui paraîtraient curieuses, voire dysfonctionnelles, pour une personne issue de la culture scientifique monolithique de notre temps.

Or, cette formule n'était pas dysfonctionnelle : elle était seulement variable au plan local. Et cette souplesse ne compromettait pas la valeur de la vérité, qui se posait en valeur universelle dans des contextes différents. Les formes hybrides sont courantes, voire typiques, dans ce genre de situation; ainsi, des éléments de la valeur universelle se mêlent aux particularités et aux usages locaux. La valeur s'adapte à la forme particulière exigée par les circonstances, sans perdre sa cohérence ni, fait important, ses liens avec les autres manifestations de la même valeur dans d'autres contextes.

Il n'y a pas lieu de prétendre qu'une forme d'universalisme pluriel doit « évoluer » pour devenir un universalisme absolu afin de devenir valide. Il est vrai que la science fonctionne mieux grâce à la multiplication des liens de communication par-delà des frontières et qu'elle a réussi à se donner des lois absolues. Mais il se peut que le même phénomène ne soit pas possible – ni souhaitable – pour la citoyenneté et la justice. Certes, nombre de penseurs, aujourd'hui comme hier, ont cru que c'était le cas, ou ont jugé que ce devrait l'être. Or, ce

n'est ni nécessaire, ni désirable dans les circonstances actuelles. Ce genre d'élan inspiré par la théorie peut obscurcir notre jugement pragmatique et détruire la valeur de cette distinction en hiérarchisant les deux formes d'universalisme de manière à occulter les bienfaits du pluralisme. Pour être pragmatique en politique, il faut savoir encadrer la théorie. Demeurons agnostiques sur la question de savoir si la citoyenneté peut atteindre un jour au genre d'universalisme dont jouit actuellement le monde scientifique.

Qu'est-ce que tout cela signifie en pratique? Ni moi ni personne ne pourraient avoir la prétention de le dire exactement, puisque tout cela reste à faire. Il est peu probable, comme je le laisse entendre depuis le début de cette analyse, que les notions essentialistes de citoyenneté nous soient d'un grand secours : elles ne feraient qu'ériger les barrières basées sur l'appartenance raciale qui rendent la notion de citoyenneté, dans les cas les moins glorieux, si vicieusement exclusive. Toutefois, la solution courante à cette impasse, qui consiste à axer la notion de citoyenneté sur des raisonnements procéduraux ou constitutionnels, n'est pas sans faille. Ce qui découle des considérations que j'ai exposées plus haut au sujet des vertus politiques, c'est que la citoyenneté ne peut être efficace que si elle est perçue et vécue en tant que rôle politique, ce qui suppose une volonté concrète d'agir.

Ce que je tiens à souligner ici, c'est à quel point ce défi d'action va loin, et à quel point la tâche qui nous incombe est énorme. Construire une identité stable dans le paysage de fantasme que nous crée notre monde saturé par les médias serait une tâche colossale. Il y a toujours trop d'options, trop de choix. Paradoxalement, le problème de la politique aujourd'hui n'est pas la disette : c'est l'abondance. Nous avons une plage de choix qui est trop vaste, ce qui nous empêche de former des intentions concrètes pour nous attaquer au problème fondamental de la distribution inégale des choses et des chances. L'abondance des options peut être considérée à la fois comme un bien et un mal.

Quoi qu'il en soit, il existe un plan sur lequel nous n'avons pas de choix : en effet, comment ne pas commencer par l'environnement socio-culturel saturé qui fait déjà de nous ce qu'on pourrait appeler (comme nous le verrons maintenant) des « citoyens cybernétiques »?

4. TECHNOLOGIE ET HUMANISME

Pourtant, il nous a fallu beaucoup de temps pour accepter la transformation de notre nature sous l'action de ces facteurs culturels, y compris l'omniprésence de la technologie. Cela ne saute pas aux yeux, surtout si on est ému par les possibilités apparemment émancipatrices de cette technologie maintenant omniprésente dans nos vies, par le genre de transvaluation des valeurs traditionnelles célébrée par Donna Haraway dans son essai prescient de 1985 intitulé *Manifesto for Cyborgs*. Haraway n'est certes pas une simple promotrice branchée de la technologie, mais son analyse nuancée de notre avenir cybernétique nous ouvre autant d'horizons troublants que de perspectives libératrices.

« L'être cybernétique est résolument engagé sur la voie de la partialité, de l'ironie, de l'intimité et de la perversité, nous dit Haraway dans son manifeste. Il est contestataire, utopiste et tout sauf innocent. Libéré de la polarité entre le public et le privé, l'être cybernétique définit une *polis* technologique fondée en partie sur une révolution des relations sociales dans « l'*oïkos* », le ménage. Nature et culture sont redéfinies; l'une ne peut plus être la source d'appropriation ou d'incorporation par l'autre. »

L'analyse prospective d'Haraway est devenue une référence théorique pour toute une génération

de cyber-anarchistes, de féministes nouvellement branchées et de prophètes d'une transhumanisme accueilli avec autant d'inquiétude que d'enthousiasme. Dans cette dernière catégorie, on trouve deux penseurs canadiens importants : Arthur Kroker a signé des textes sombres et intenses au sujet des dangers que pose la réinvention du corps par la technologie; quant à Christopher Dewdney, il attend avec impatience l'heure où notre espèce fera un nouveau bond évolutif pour sauter la barrière du physique.

L'influence de la technologie sur l'être politique remonte en vérité aux origines de l'humanité, mais à toutes fins utiles, on peut dire que c'est un phénomène particulier au XX^{e} siècle. Les raisons de cette troncation de notre champ d'observation sont assez évidentes, et elles sont illustrées par un certain nombre d'inventions de choix qui, bien qu'elles datent d'un peu avant dans certains cas, n'ont connu leur heure de gloire que pendant notre siècle sanglant : la mitrailleuse, l'avion, l'automobile, le téléphone, la télévision, l'ordinateur. Production de masse et destruction de masse sont les deux reines du XX^{e} siècle, et nous leur prêtons encore un serment d'allégeance à tout instant.

Ce phénomène se traduit notamment par l'inexorabilité du capitalisme, chose parfois contestée, mais généralement tout simplement acceptée, pour ne pas dire exaltée. Que cela nous plaise ou non (et si l'on se fie à la population de notre pays, cela ne nous plaît pas vraiment), nos corps mêmes se plient à la domination du marché, car à tout moment du jour et de la nuit, nous renouvelons notre profession de foi envers les biens et les services de l'économie planétaire. Nous sommes le capitalisme fait chair.

Il y a une autre conséquence, à savoir un changement profond de notre sens de soi, un changement que l'on peut décrire le mieux par le terme un peu trompeur de « post-évolutif ». Maîtrisant la technologie, nous ne dépendons plus passivement de notre patrimoine génétique, que nous pouvons maintenant remodeler et perpétuer en marge de la reproduction naturelle, avec tous les risques et les émois que cela comporte; en outre, nous ne dépendons plus passivement de notre environnement naturel non plus, car nous pouvons le transformer lui aussi – quoiqu'il semble que nous soyons plus exactement en train de le détruire. C'est d'ailleurs là une des raisons pour lesquelles le terme « post-évolutif » est trompeur : en fait, nous sommes encore dépendants de la nature, même si nous en repoussons les limites par notre ingéniosité. Il y a un autre piège dans l'utilisation de ce terme : c'est que notre évolution n'est évidemment pas finie, quoiqu'elle s'éloigne des prédictions de la pure orthodoxie darwinienne.

Quelles sont les conséquences de tout cela en politique? Premièrement, il en résulte un nouveau devoir du citoyen : celui d'étudier et de comprendre les déterminants de notre existence technologique, si douloureux que cela puisse être. Il est maintenant courant pour nous, dans le monde privilégié, de manifester en grande partie notre existence par le courrier électronique en créant de petites enceintes virtuelles habitées par nos amis disséminés de par le monde, ou encore en exprimant nos désaccords par l'intermédiaire de ce médium décentralisé qu'est Internet. Mais ces mouvements éthérés n'en doivent pas moins déboucher sur les actions encore indispensables dans un espace commun pour porter véritablement leurs fruits. Les manifestations des 18 juin et 30 novembre 1999 contre le monde des entreprises, qui ont pris corps de manière si efficace à partir d'un lieu par ailleurs si diffus, auraient eu beaucoup moins de poids s'il n'y avait pas eu 40 000 personnes pour occuper les rues de Seattle, dont 500 qui se sont engagées dans la forme la plus élevée de la citoyenneté, soit la désobéissance civile pacifique qui a mené à leur arrestation.

À la lumière de l'évolution rapide de la technologie, il existe un devoir encore plus fondamental, celui de repenser non seulement la citoyenneté et l'engagement politique en fonction d'une ère nouvelle, mais la nature humaine elle-même. En 1928, le critique Walter Benjamin a fait valoir que la technologie n'est pas, comme on le dit, la maîtrise de la nature, c'est plutôt la maîtrise de la relation entre la nature et l'humanité. Or, cette relation est aujourd'hui constamment remise en question, et ce problème est d'ordre politique. Voilà pourquoi les prophètes « transhumanistes » de notre état actuel d'« êtres cybernétiques » n'ont raison qu'à moitié, ou plus exactement, pourquoi nous ne voyons que la moitié, la moitié non ironique et apolitique, de ce qu'ils nous disent.

De fait, nous sommes tous des êtres cybernétiques dorénavant, des hybrides humains enfants du carbone et des fils qui traversent nos corps aquatiques dans tous les sens; mais nous n'avons pas encore fait face aux conséquences politiques de cette réalité, grisés par la vitesse et le plaisir rendus possibles par ces circuits électriques. Nous sommes trop épris de la nouveauté et du charme de nos inventions, des fonctions ondulatoires électromagnétiques pures de la technologie de pointe. La technologie devient une sorte de divinité généralisée, un dieu vaporeux mais omniprésent.

D'où nos grands rituels d'évitement, par lesquels nous nous laissons hypnotiser par la fine pointe de la technologie et perdons de vue la majorité qui traîne à la queue. Ou encore, si une question politique surgit, nous pensons qu'il est question d'améliorer l'accès au matériel, alors qu'il s'agit peut-être plutôt d'améliorer l'accès à la matière grise humaine par l'alphabétisation, condition indispensable à la citoyenneté, droit civique oublié.

« Nos meilleures machines sont faites de la lumière du soleil », a écrit Haraway. Mais cela est à la fois une qualité et un défaut. La légèreté et l'invisibilité ont beau être à la base de la guérilla efficace, elles entraînent aussi, quand on parle de pouvoir, l'absence de responsabilité. Le bon citoyen cybernétique devrait donner autant qu'il reçoit, émettre autant qu'il capte. Un nœud de communication ne peut être unilatéral. Le problème, quand on est bombardé d'informations et d'autres projets de gratification personnelle, le problème, avec toutes ces machines de divertissement que nous inventons sans cesse, ce n'est plus de se donner une intimité à l'abri du regard public, ce qui rendait ce domaine féminin et subordonné. C'est plutôt qu'en devenant si perméable au regard public, la vie privée devient uniquement un moyen ostentatoire de consommer.

Qu'est-ce à dire? C'est que la notion même de *polis* en tant qu'espace commun, en tant que lieu où les citoyens peuvent faire les négociations et les compromis d'où est issue la justice, est de plus en plus minée par un étalage de jouissances privées, l'ancienne polarité entre le public et le privé n'étant pas transcendée mais seulement réécrite plus subtilement. Aujourd'hui, l'action politique n'est pas tant entravée qu'invalidée, rendue suprêmement inintéressante comparativement aux plaisirs individuels du foyer, du cinéplex, de l'arcade. Pourquoi s'en faire avec une forme quelconque de responsabilité civique qui dépasserait le stade des revendications purement personnelles visant à faire baisser les impôts et à obtenir plus d'avantages? Le confort est maintenant une fin en soi, la dépense, les joies d'Internet et le commerce électronique se justifient d'eux-mêmes.

Cela ne va pas. L'existence d'un domaine privé n'a pas pour seul but d'échapper à l'espace public : il doit aussi nous aider à nous engager de façon plus efficace dans la cité, à devenir des citoyens aptes à créer et à maintenir les tiers espaces essentiels de la société civile. Le domaine

privé ordonné, malgré ses nombreux dangers et ses multiples lacunes, rend possible un domaine public juste. C'est entre autres à cette condition que la distinction même entre le public et le privé – ainsi qu'une foule d'autres notions antagonistes – peut devenir un sujet de débat spécifiquement public, une guerre de frontières contestées, car c'est le seul lieu où nous pouvons proposer des arguments qui seront jugés par nos concitoyens – ou par ceux qui devraient l'être.

Il importe de souligner qu'on ne s'attend plus – on ne peut plus s'attendre – à ce que ces conflits se règlent dans un vaste ensemble conceptuel universel, une sorte de tout dialectique. On ne peut plus jouer, sérieusement, que dans l'espace de la contestation. « Contrairement au monstre de Frankenstein, déclare Haraway, l'être cybernétique ne s'attend pas de son père qu'il le sauve en restaurant le jardin. » Cette forme de pensée utopique n'est pas édénique. Le domaine privé ne doit pas obligatoirement être austère et rationné, comme il l'était chez les Grecs anciens, qui le voyaient comme un mal nécessaire, un lieu de soins physiques pour les choses plus importantes qui se passent ailleurs. Mais quand on est obnubilé par le confort, on se prive de la jouissance même qu'il est censé nous apporter et de sa propre justification sur la place publique. Certes, le domaine privé doit exister pour la consolation et le repos, mais vient un moment où cette introversion doit être mise au service du débat plus vaste qui conditionne l'espace social.

Sans ce débat, sans la légitimité que lui seul peut donner à un aménagement précis de l'espace, le domaine privé est une trahison, c'est un acte d'agression contre les plus démunis. Les crimes contre les biens sont généralement motivés par le besoin ou l'envie, mais ils ont parfois une valeur politique plus profonde. En fait, le cambrioleur ou le voleur vous demande : pourquoi auriez-vous tant de biens alors que d'autres en ont si peu? Et cette question, on ne peut pas y répondre dans le confort de son salon.

En somme, notre époque évacue la dimension politique en multipliant les foyers privés, où tout invite au repli sur soi, et les espaces publics tapissés de logos; il n'y a plus d'engagement envers un bien public – alors que la vraie maison privée continue d'exprimer cet engagement par l'attention accordée au seuil. La maison doit instituer un contact entre le privé et le public; elle ne peut être une fin en soi. Par conséquent, il faut trouver une meilleure forme à la *cyberpolis*. Il s'agit ici d'un idéal qui, à sa manière, peut rappeler l'ancien idéal républicain civique d'un espace public où chaque citoyen est un modèle pour l'ensemble, une sorte de réseau cybernétique de projets communs.

5. Vitesse et action civique

Je sais que mes propos sont assez abstraits et que je m'éloigne du terrain habituel des débats plus traditionnels sur l'accès à la justice. Toutefois, mes préoccupations sont directement liées au projet général de justice, car je ne crois pas que l'on puisse réfléchir correctement à l'accès à la justice sans avoir bien saisi les particularités de notre situation culturelle et politique. Je crois aussi que bien des gens, dans notre pays comme ailleurs, ont vaguement l'impression que leur vie change très très rapidement, sans toutefois comprendre exactement où cela les mène, ni ce qu'ils peuvent faire à ce propos, si tant est qu'on puisse y faire quelque chose.

La vitesse est d'ailleurs un problème en soi. C'est le maître mot de notre époque – et ce le sera probablement de plus en plus à mesure que nous avancerons dans le nouveau millénaire. On nous demande toujours d'aller plus vite, de traiter de plus grands volumes d'information, de s'adapter de plus en plus prestement aux

changements rapides de notre environnement, de notre économie, de notre paysage médiatique. Cette fétichisation de la vitesse est cependant un problème déguisé en solution, car on aura beau accélérer sans cesse, cela ne nous mènera pas pour autant quelque part. Et d'ailleurs, où donc allons-nous? Notre culture est dominée non seulement par la vitesse, mais par une vitesse vide de sens, une flèche supersonique qui pointe vers nulle part. En fait, nous n'essayons pas d'arriver quelque part rapidement : nous tentons de fuir quelque chose plus vite. Fuir quoi? Nous-mêmes? Notre malaise? Nos limites?

Peut-être tout cela. Ce qu'il ne faut pas perdre de vue comme citoyens – et il ne sera que plus difficile de se le rappeler à mesure que nous avancerons dans ce millénaire déifiant la vitesse, c'est qu'une vitesse sans direction ne donne qu'une trajectoire folle. Cette vitesse semble se justifier elle-même, tout comme une si grande partie de la richesse que nous créons autour de nous ne semble avoir aucun but à part elle-même. Nous venons de vivre plusieurs trimestres consécutifs de croissance, et il semble que ce ne soit pas terminé. (Cela n'est pas toujours évident. Nous nous plaisons, au Canada, à nous comparer futilement avec les États-Unis, ce qui nous fait paraître relativement pauvres; et il y a certes de quoi s'inquiéter, par exemple quand on voit notre revenu moyen diminuer par rapport au reste du monde industrialisé.) Mais la croissance n'est pas une fin en soi. Elle doit avoir un but si on veut qu'elle ait un sens, si on ne veut pas qu'elle se volatilise dans une sorte de tour de passe-passe postmoderne où plus rien n'a de sens au-delà de son existence individuelle. Sans compter qu'une croissance débridée, ce qui répond à la logique même du capitalisme, est forcément vouée à l'échec, car elle ne peut que détruire – et peut-être plus tôt qu'on ne le pense – le théâtre même de sa grandeur, soit l'environnement naturel de la planète.

Le but de la richesse sociale doit être une plus grande justice pour tous les citoyens. Cela semble évident quand on le dit ainsi, mais ce qui est remarquable de nos jours (et pas seulement de nos jours) c'est de voir à quel point on perd souvent de vue cette idée si simple. Depuis les politiques de l'éducation jusqu'aux stratégies fiscales, nous nous laissons emporter dans nos réflexions par le calcul grossier, et en définitive insensé, de l'utilité à court terme – une utilité elle-même vide de sens. Une société juste, c'est une société qui permet à ses membres de poursuivre leurs objectifs dans la vie sans empêcher leurs semblables de faire de même.

Comment mettre cela en pratique? C'est une commande de taille, et quiconque s'y attaque vivra forcément des déceptions. En un sens, la justice, c'est la gestion des désirs humains. C'est aussi la mise en application du principe fondamental selon lequel personne ne doit être privé des biens de base produits par une société en raison de désavantages naturels. Nous voulons que les gens puissent réussir et profiter des fruits de leurs talents; mais nous voulons aussi qu'ils partagent une partie de ces fruits avec les moins fortunés – car ceux-ci font aussi partie du tissu social qui rend possible ce succès et la jouissance de ce succès.

Mettre en pratique les principes de base de la justice, garantir à tous les citoyens un accès équitable à la justice, voilà un projet beaucoup plus compliqué, plus difficile et plus déroutant qu'avant. Nous avons maintenant en matière de justice de nombreuses obligations qui dépassent les frontières de l'État, et même de l'espèce humaine, et il sera de plus en plus difficile de concilier les demandes en présence. Les formes traditionnelles de l'action citoyenne ne peuvent plus répondre à notre désir de responsabilité et de sensibilité aux besoins. Autrement dit, il se peut que nous devions passer outre à Ottawa pour nous adresser plutôt directement à Seattle

ou à New York, à l'APEC ou à l'OMC – et nous devons avoir la possibilité de le faire. Par ailleurs, il se peut que nous ayons à nous accorder avec nos concitoyens sur un plan plus immédiat et d'une manière plus coulante et ouverte – tout en se soumettant aux mêmes principes de civisme de base, par exemple, ce qui rend l'interaction possible malgré des différences personnelles et culturelles prononcées.

De plus, il se peut que nous devions, comme individus, nous forcer à ralentir, à réfléchir et à nous tourner à nouveau vers le rôle maintenant menacé du citoyen en trouvant de nouvelles formes et de nouvelles enceintes d'expression politique, de nouvelles façons de nous engager et d'être sensibles aux besoins de nos compagnons de voyage. Il se peut que nous devions faire tout cela, et plus, si nous espérons construire la justice à partir des matériaux compliqués de la vie quotidienne contemporaine.

Conclusion

Il y a beaucoup d'autres choses, peut-être trop, à dire sur les questions que j'ai soulevées dans les pages qui précèdent. Je conviens que ce ne sont pas là des idées qui se traduisent facilement en orientations politiques. Ce que j'ai essayé de faire, et ce que j'invite aussi mes semblables à faire, c'est justement ce qui est si indispensable actuellement au service de la justice : réfléchir.

Nous devons nous aménager du temps pour la réflexion, ouvrir des espaces en dedans de nous et dans nos interactions sociales, pour réfléchir à la justice au-delà des impératifs de l'élaboration des politiques ou de la résolution des problèmes. Il ne s'agit pas de nier l'utilité des politiques, ni des solutions de manière générale; il s'agit simplement de prendre conscience que nos politiques seront d'autres plus efficaces, et nos solutions d'autant plus élégantes et profitables, que nous nous serons offert le temps de réfléchir. Contrairement à nombre de biens sociaux que nous souhaitons distribuer équitablement, la réflexion est une ressource renouvelable et relativement peu coûteuse – du moins matériellement!

C'est cependant aussi une ressource qui est toujours rare. Autrement dit, on n'en a jamais assez. Avec mes quelques notes, j'ai tenté de faire fleurir cette forme indispensable de croissance sociale en cette enceinte. J'espère avoir réussi.

Surfer sur la troisième vague – Notes sur l'avenir de l'accès à la justice

Ab Currie

Chercheur principal – Accès à la justice
Division de la recherche et de la statistique
Février 2000

L'un des principes fondamentaux du système de justice veut que tous les citoyens et les résidents autorisés du Canada y aient accès. Les lois et le système de justice existent pour permettre aux citoyens et aux résidents autorisés de comprendre leurs droits et obligations, de faire appliquer les obligations des autres, et de tirer pleinement profit de la protection qu'offre la loi.

L'expression accès à la justice décrit un domaine distinct de la politique sur la justice. L'*énoncé de problème* ou *le paradigme* traditionnel de l'accès à la justice peuvent être formulés comme suit : les droits, les avantages ou les protections offertes par les lois sont vides de sens en l'absence de mécanismes assurant l'accès à des moyens de garantir ces droits et protections. L'accès à la justice et le traitement équitable offerts par la loi doivent être assurés équitablement à tous les membres de la société.

L'accès à la justice est une question de politique sociale fondamentale. L'accès sans restriction au système de justice constitue un volet important de la citoyenneté de plein droit. Au niveau sociétal, l'accès à la justice suppose une connexion importante entre la politique en matière de justice et la question plus vaste des politiques liées à la cohésion sociale. L'accès illimité des citoyens à la justice suppose que ceux-ci nourriront des sentiments positifs à l'égard du système de justice, qui se traduiront par le respect de la loi et la confiance dans le système de justice. Cela représente une forme d'adhésion à la société par l'intermédiaire de l'institution sociale centrale que constitue le système de justice. En théorie, cela se traduira par un degré plus élevé de cohésion sociale.

Le mouvement d'accès à la justice a vu le jour dans le cadre de l'État providence dans plusieurs pays d'Europe de l'Ouest et du Commonwealth britannique.[3] L'émergence de l'accès à la justice dans le cadre de l'État providence constitue l'une des caractéristiques importantes du mouvement. L'accès à la justice consistait à confier à l'État la responsabilité de garantir la protection des droits et des avantages juridiques. L'expérience collective de la dépression économique qui a touché la plupart des pays à partir de 1929, ainsi que les misères de la Seconde Guerre mondiale, expliquent probablement la préférence pour les politiques supposant une intervention importante de l'État dans le domaine de l'accès aux services de justice. Ce passé est important en raison de la nouvelle façon dont l'on voit le rôle de l'État et du rôle de la collectivité dans le traitement des problèmes de justice.

Les institutions qui garantissent aux pauvres l'accès à la justice ont revêtu une forme caractéristique au Canada et dans d'autres pays qui appliquent

[3]Il existe des antécédents en matière de programmes d'accès à la justice, une aide juridique étant offerte aux pauvres dans certaines villes européennes depuis déjà plusieurs siècles.

le *common law*. Dans les pays de droit romain, dont l'Italie, la France et les Pays-Bas, l'État a eu tendance à jouer un rôle très direct en rapport avec les institutions offrant des services juridiques aux pauvres. Dans les pays de *common law*, par contre, la profession juridique a eu tendance à assumer un rôle de chef de file en ce qui concerne l'organisation et la prestation aux pauvres de services de justice financés par les pouvoirs publics. Il s'agit d'une des principales raisons pour lesquelles s'est développé un style d'aide juridique axé sur la défense des droits et dominé par la profession juridique qui était la principale forme d'accès à la justice. Ce fait revêtira de l'importance par la suite, lorsque le système de justice, s'écartera d'une formule de résolution des problèmes de justice axée sur les principes de la contradiction et du litige.

Dans une description classique du mouvement d'accès à la justice, Cappelletti et Garth[4] ont défini ce qu'ils ont appelé les trois « vagues » de l'essor et de l'évolution de l'accès à la justice. La première vague de l'accès à la justice, qui a fait son apparition au cours de l'après-guerre, correspondait à l'aide juridique. La seconde vague correspondait à la représentation des « intérêts diffus ». Cela incluait les actions collectives et la défense de l'intérêt public, ainsi que l'apparition de centres d'intérêt public. Selon Cappelletti et Garth, la troisième vague correspond à une conception plus élaborée de l'accès à la justice. Cette vague va au-delà de la défense des cas. Elle représente un plus vaste éventail de formules moins complexes et moins axées sur le principe de contradiction, ce qui inclut des changements des types de procédures, des changements de la structure des tribunaux ou la création de nouveaux types de tribunaux, le recours à des parajuristes et des modifications du droit matériel lui-même.[5]

Lorsque Cappelletti et Garth ont rédigé leur étude en 1975, la troisième vague commençait juste à voir le jour. Elle a entraîné une diversité de réformes du système juridique. Tout d'abord la reconnaissance de la nécessité de dépasser les stratégies purement légalistes pour résoudre les problèmes.[6] Ensuite, la reconnaissance de la nécessité d'aborder les problèmes différemment. Le système de justice officiel ne possédait pas les moyens de traiter efficacement les problèmes complexes qui lui étaient confiés. La question juridique n'est souvent que la « pointe de l'iceberg ». Pour parvenir à des solutions efficaces et durables, il convient d'examiner les aspects sociaux, culturels et psychologiques de la situation des individus. Des stratégies intégrées et multidisciplinaires, englobant les services sociaux et les services de santé ou autres sont requises, en combinaison avec des solutions aux questions de droit.

Toutefois, le changement est lent à se concrétiser. Les anciennes et les nouvelles formules peuvent coexister durant de longues périodes. Vingt-cinq ans après Cappelletti et Garth, nous demeurons confrontés au problème de l'établissement d'un système de justice plus efficace. La conception d'un système de justice axé sur les principes de la contradiction et du litige demeure une caractéristique importante du système de justice. Toutefois, elle est lentement combinée à des stratégies « holistiques », ainsi qu'à différentes formules de justice réparatrice au sein du système pénal, et à diverses méthodes de règlement extrajudiciaire des différends, au sein de la justice civile. Nous sommes conscients que des formules disciplinaires, dans le cadre desquelles les partenaires du système de justice œuvrent de concert avec les prestataires de services de la santé et de services sociaux, sont nécessaires pour trouver des solutions plus durables et plus

[4]M. Cappelletti et B. Garth (éd.), Access to Justice: A World Survey, Vol. I, Milan, 1978.
[5]*Ibid.*, p. 52.
[6]Mark Galantner, « The Duty *Not* to Deliver Legal Services », Miami Law Review, 929, 1976.

efficaces aux problèmes de justice. Nous sommes conscients que les communautés touchées et les groupes d'intérêts sont, en eux-mêmes, des ressources précieuses lorsqu'il s'agit de définir les problèmes et de formuler des solutions efficaces. De nombreux arguments militent en faveur des partenariats entre les collectivités, les groupes d'intérêts, les services de santé, d'éducation et les services sociaux ainsi que les éléments du système de justice traditionnel, afin d'élaborer des formules pour résoudre les problèmes de justice.

La troisième vague envisage une gamme beaucoup plus vaste de formules d'accès à la justice que la première et la seconde. Dans le cadre de la première vague, l'accès à la justice pouvait être qualifié d'accès fondé sur les avocats, au sein d'un système de justice axé sur les principes de la contradiction et du litige. Dans le cas des problèmes plus graves, on mettait l'accent sur l'aide juridique en matière pénale et civile. On a souvent soutenu que les ressources sont accordées en priorité aux besoins d'aide juridique en matière pénale.

La grande majorité des problèmes juridiques rencontrés par les citoyens sont des problèmes de droit civil. La majorité d'entre eux ne seraient pas considérés comme graves par le *système de justice*. La plupart des personnes concernées n'auraient vraisemblablement pas les moyens de se payer un avocat pour les représenter auprès du tribunal, de toute manière. Il existe ce que l'anthropologue Laura Nader a qualifié de « petites injustices », qui sont toutefois grandes pour les personnes qui les vivent. Elles peuvent constituer des irritants durables et non résolus dans leur existence. Ces injustices revêtent également une importance au niveau sociétal global. Le respect de la primauté du droit et la confiance dans le système de justice peuvent être basés sur l'accès des citoyens aux mécanismes de résolution de ces problèmes juridiques. De même, l'existence de ces aspects de la citoyenneté de plein droit peut se traduire par une plus grande cohésion sociale à l'échelon global de la société.

Au cours des premières étapes de la troisième vague, on a mis l'accent sur les réformes des procédures judiciaires. Peut-être que plus récemment, la « troisième vague » s'oriente vers un renforcement de la contribution des groupes communautaires aux services d'accès à la justice. Nous nous éloignons du concept d'un accès à la justice fondé sur les avocats, et qui consiste essentiellement en une aide juridique centrée sur la représentation. La troisième vague du mouvement d'accès à la justice, tel que le concevaient Cappelletti et Garth, renfermait une expression plus claire de la notion selon laquelle les stratégies juridiques ne suffisent pas à résoudre le problème d'accès à la justice que vivent les pauvres.[7] Cette évolution semble élargir la notion d'accès à la justice, depuis l'on a mis à la disposition de la population des moyens pour faire appliquer les protections et garanties juridiques de manière à résoudre les problèmes auxquels elle est confrontée grâce à une combinaison de solutions juridiques et non juridiques. Cela se reflète en retour dans l'importance croissante accordée au traitement multidisciplinaire des problèmes d'accès à la justice, qui fait que le système de justice conclut des partenariats avec d'autres secteurs institutionnels, comme les soins de santé et les services sociaux. Cela reflète la priorité croissante accordée à l'instauration de partenariats entre le système de justice et les groupes communautaires qui mettent à profit les ressources des collectivités et des groupes touchés dans le but de mieux définir la nature des problèmes de justice et de concevoir des solutions plus durables à ces

[7]Cappelletti et Garth, note de renvoi 142, p. 51.

problèmes. L'accès à la justice devient donc un volet important de cette évolution vers un système de justice davantage centré sur la collectivité et sur les citoyens.

La profession juridique a toujours été puissante sur le plan politique, ce qui a profité surtout à la première vague du mouvement d'accès à la justice. L'aide juridique a été bien financée par les pouvoirs publics, les dépenses nationales passant d'environ 15 millions de dollars au début des années 1970 à plus de 600 millions de dollars au milieu des années 1990. Depuis 1993-1994, *grosso modo*, les dépenses nationales consacrées à l'aide juridique ont diminué de plus de 30 p. 100, les pouvoirs publics ayant réduit les dépenses consacrées à l'accès à la justice dans le cadre des compressions budgétaires générales. Que nous réservent ces faits du point de vue de l'avenir de l'accès à la justice, dans l'hypothèse où, effectivement, nous nous orientons vers un modèle davantage axé sur la collectivité?

À l'heure actuelle, nombre d'organismes communautaires offrent une diversité de services d'accès à la justice; organismes de VIG, organismes représentant les intérêts de groupes particuliers (femmes, immigrants et minorités ethnoculturelles, jeunes, par exemple). L'idéologie des approches fondées sur la collectivité à l'égard des problèmes de justice rallie de plus en plus d'adhérents, pour ne pas dire la majorité. De plus, il est vrai que les projets pilotes de prestation de services communautaires commencent à prouver concrètement que ce type de formule donne des résultats. La notion de lien entre l'aide juridique traditionnelle et les fournisseurs de services de justice ou autres est en train de s'implanter, dans le cadre de ce qu'on peut qualifier de « gammes de services harmonisés ». Cela signifie qu'il faut faire un choix entre un éventail de solutions sociales et juridiques intégrées aux problèmes de justice, le plus tôt possible au cours du processus, ainsi qu'appliquer la solution la plus efficace et appropriée à un problème donné. Il pourrait en découler une meilleure intégration entre les activités traditionnelles d'accès à la justice, dont les conseils et l'aide juridiques ainsi que la représentation par une avocat, et les formules davantage axées sur les citoyens et la collectivité.

Toutefois, l'abandon de la conception traditionnelle de l'accès à la justice axé sur le système de justice au profit d'une intervention accrue des associations communautaires, n'exclut pas absolument tout problème. Du point de vue des utilisateurs, il existe un risque que le système d'accès à la justice, sous sa forme actuelle, soit fragmenté. Il n'existe pas de points d'accès faciles ou bien connus. La population ne sait pas toujours où s'adresser pour commencer à résoudre un problème. Il convient d'autre part d'assurer l'intégration des services dont pourraient avoir besoin les particuliers, faute de quoi ces services pourraient ne pas être très accessibles ou disponibles.

Les services d'accès à la justice axés sur la collectivité, qui peuvent exister actuellement ou être mis sur pied, pourraient faire face à des difficultés majeures. Les compressions budgétaires sont devenues une constante. Le droit est de plus en plus complexe. La société canadienne devient également de plus en plus complexe et diversifiée sur le plan social. Les clients éprouvent de plus en plus de problèmes, qui sont de plus en plus complexes. Dans ce contexte de problèmes d'une complexité croissante et de restrictions financières, tant les organismes d'accès à la justice existants que les nouveaux pourraient être dépassés par la charge de travail.

Les vagues subséquentes du mouvement d'accès à la justice ont complété les premières étapes, mais elles ne les ont pas remplacées. L'aide juridique demeure l'une des pierres angulaires de l'accès à la justice. Étant donné les changements

du système de justice, dont l'aide juridique fait partie intégrante, nous devrons réévaluer le rôle que cette dernière doit jouer dans le cadre d'un système de justice qui soit moins axé sur les principes de la contradiction et du litige, et qui soit plus holistique.

La réforme du droit et les mesures procédurales visant à rendre les processus de règlement des différends moins complexes demeurent importantes. Il semble clair que la population a tendance à rejeter les procédures d'instruction officielles pour privilégier des processus de résolution des différends plus informels, qui leur fourniront « une occasion de se faire entendre, mais dans un cadre beaucoup moins formel ».[8]

Avec la troisième vague du mouvement d'accès à la justice, deux nouveaux volets pourraient voir le jour. Tout d'abord, la possibilité que l'on ait recours de plus en plus souvent à des services d'accès à la justice axés sur la collectivité. Et la possibilité que l'on accorde une importance accrue à des solutions holistiques aux problèmes de justice, solutions qui viendront compléter l'objectif traditionnel de l'accès à la justice, soit protéger les droits. Le volet communautaire met à contribution les ressources considérables que possèdent les collectivités pour résoudre les problèmes d'accès à la justice. De plus, l'accès à la justice communautaire suppose de donner aux particuliers les moyens de jouer un rôle plus actif dans la recherche de solutions à leurs problèmes de justice. Le volet axé sur la solution holistique ajoute une nouvelle dimension intéressante à la notion traditionnelle d'accès à la justice, la protection des droits. L'intégration de ces nouveaux volets au cadre d'accès à la justice en vigueur nous obligera à relever certains défis.

[8]Seeking Civil Justice, National Consumer Council, Londres, 1995, p. 11.

ASPECTS DE L'ACCÈS À LA JUSTICE AU CANADA

Ab Currie

Chercheur principal : Accès à la justice
Division de la recherche et de la statistique
Février 2000

« La signification de l'accès à la justice peut refléter une vaste gamme de valeurs et d'objectifs distincts en rapport avec une grande diversité d'enjeux et d'activités ».[9] La description de la situation de l'accès à la justice au Canada constituerait donc une tâche nécessitant des énergies et une érudition considérables. Il est beaucoup plus facile de préciser certaines des grandes caractéristiques de l'accès à la justice, sous sa forme actuelle. Cette tâche pourrait s'avérer utile pour les personnes peu familiarisées avec le concept de l'accès à la justice, ainsi qu'avec l'histoire et l'essor de ce mouvement. Le présent document décrit les grands éléments de l'accès à la justice, selon le sens qu'on donne généralement à l'expression. Nous espérons qu'il constituera un « point de départ » utile pour les discussions relatives à la forme que pourrait revêtir l'accès à la justice.

AIDE JURIDIQUE

Le volet de loin le plus important de la « carte cognitive » correspond au système d'aide juridique du Canada. Chaque province ou territoire administre un régime d'aide juridique qui assure une représentation, dans certains dossiers criminels, aux personnes qui satisfont aux critères d'admissibilité financière, c'est-à-dire celles qui se trouvent dans la catégorie des personnes très démunies et qui ont besoin d'un avocat pour être assurées d'un procès équitable, lorsqu'elles sont passibles d'incarcération. De plus, et à des degrés divers, les régimes d'aide juridique offrent une représentation juridique en matière civile, ce qui inclut le droit de la famille, le droit de l'aide sociale et les procédures relatives à l'immigration et à l'obtention du statut de réfugié. Une fois de plus, des critères d'admissibilité financière limitent les services aux personnes très démunies, et les dispositions relatives aux services admissibles limitent les questions juridiques pour lesquelles le service est offert. L'ampleur des services admissibles varie considérablement d'une administration à l'autre.

L'aide juridique est issue d'un système *bénévole* qui était en vigueur dans la plupart des provinces jusqu'au milieu des années 1960. À titre de responsabilité professionnelle, les avocats acceptaient de défendre gratuitement chaque année un nombre limité de personnes démunies. L'aide juridique institutionnalisée est apparue dans certaines provinces au milieu des années 1960. Dès le début des années 1970, des régimes d'aide juridique étaient en vigueur dans chaque province et territoire, et un programme fédéral de partage des coûts de l'aide juridique en matière pénale avec les provinces et territoires était également en place. Au début des années 1970, le gouvernement fédéral a commencé à accorder des fonds pour l'aide juridique en matière civile, en vertu du Régime d'assistance

[9]Mary Jane Mossman, « Access to Justice: A Review of Canadian Legal Academic Scholarship », *Access to Civil Justice*, Alan Hutchinson (éd.), Carswell, 1990, p. 55.

publique du Canada (aujourd'hui, un volet du programme de Transfert canadien en matière de santé et de programmes sociaux).

L'aide juridique est de loin le plus important des programmes d'accès à la justice au Canada. Le total des dépenses canadiennes consacrées à l'aide juridique a augmenté, passant d'environ 13 millions de dollars au début des années 1970, à tout près de 650 millions de dollars en 1994-1995. Les dépenses totales ont été ramenées à environ 455 millions de dollars en 1997-1998. Le nombre de demandes d'aide juridique a atteint un sommet en 1993-1994 (1 128 000 demandes) pour chuter à 802 000 demandes en 1997-1998.

VULGARISATION ET D'INFORMATION JURIDIQUES (VIJ)

Le programme de vulgarisation et d'information juridiques (VIJ) a également été lancé dans certaines régions au début des années 1960, essentiellement au sein de groupes de défense de consommateurs et de cliniques de droit pour étudiants. La VIJ **n'est pas** de la consultation juridique. Elle consiste à fournir de l'information sur le droit et sur le fonctionnement du système de justice, et elle s'adresse aux néophytes. Elle peut être de nature réactive, axée sur les problèmes, ou avoir un caractère éducatif et mettre l'accent sur les principes et valeurs démocratiques du système de justice. La VIJ peut être assurée au moyen de divers types de médias (imprimés, vidéo, Internet) ainsi que d'une diversité de mécanismes de prestation (intermédiaires, programmes scolaires ou lignes téléphoniques d'assistance juridique). Théoriquement, la VIJ a une dimension « habilitation ». Elle vise à donner aux citoyens la possibilité de jouer au moins un rôle positif, en rapport avec la reconnaissance et la résolution de leurs problèmes, ou de participer positivement aux débats publics et aux discussions relatives à la réforme du droit et à d'autres enjeux en matière de justice.

La VIJ est beaucoup plus diversifiée que le mandat de l'aide juridique. Nombre d'organismes fournissent de l'information juridique; les organismes de services multiculturels, les regroupements de victimes, les groupes de consommateurs, les groupes environnementaux, les groupes de défense de l'égalité des sexes et les associations d'handicapés constituent des exemples parmi d'autres. Certains organismes d'aide juridique, parmi lesquels la Legal Services Society of British Columbia et le système de cliniques d'aide juridique en matière civile de Legal Aid Ontario ont un volet VIJ important. Ces organismes desservent des groupes d'intérêts diversifiés et ils sont financés de nombreuses façons. On recense 12 structures de base de la VIJ, une dans chaque province. Ce réseau national a été élaboré entre 1984 et 1987, dans le cadre d'une initiative du ministère de la Justice. Certains organismes ont été créés au sein d'administrations où aucun service n'existait auparavant. Dans certaines provinces, les structures de VIJ en place ont été conçues dans le cadre du réseau central de VIJ. Cela garantit au moins une structure de VIJ dans chaque province, structure qui constitue un organisme centralisé et entièrement voué à la VIJ.

Les données relatives aux dépenses nationales consacrées à la VIJ et portant sur toutes les activités du programme ne sont pas disponibles. En 1996-1997, le total des dépenses effectuées par les 12 structures de base de la VIJ se chiffrait à 7,5 millions de dollars. Il s'agit de moins de 1 p. 100 des dépenses totales correspondant aux 12 régimes d'aide juridique.

PROGRAMME D'ASSISTANCE PARAJUDICIAIRE AUX AUTOCHTONES

Le Programme d'assistance judiciaire aux Autochtones constitue le troisième programme d'accès à la justice qui ait une portée nationale. Les principaux objectifs du Programme d'assistance parajudiciaire aux Autochtones ont trait à la fois aux accusés autochtones et au système de justice. En ce qui a trait aux accusés, l'objectif consiste à informer les Autochtones accusés d'actes criminels du processus de justice auquel ils ont affaire, et à aider les Autochtones à trouver une aide juridique et d'autres services. En ce qui a trait au système de justice, l'objectif consiste à informer les intervenants du système de justice des conditions culturelles et socio-économiques des Autochtones auxquelles ils doivent être sensibilisés sur la façon de traiter convenablement cette population. Les services d'assistance parajudiciaire sont dispensés par environ 20 organismes essentiellement autochtones, qui desservent des organismes « d'exécution ». Le coût du Programme d'assistance parajudiciaire aux Autochtones est partagé par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux. Le total des dépenses se chiffre à environ 11 millions de dollars à l'échelle nationale.

D'autres organismes dispensent des services d'assistance parajudiciaire aux personnes accusées en général. L'Armée du salut, la Société Elizabeth Fry et la Société John Howard offrent des services d'assistance parajudiciaire dans certaines régions.

L'accès à la justice au Canada revêt la forme de trois grands types de programmes. L'aide juridique occupe 99 p. 100 de terrain qui a été défriché jusqu'ici. Des trois programmes, l'aide juridique est celui qui a les liens les plus étroits avec le système. C'est-à-dire, bien entendu, qu'elle est dominée par les avocats. Le programme accorde une grande priorité à la représentation devant les tribunaux, dans les affaires juridiques considérées comme les plus graves. L'aide juridique accorde une importance toute particulière au *système* d'accès à la justice. Plus précisément, elle permet l'accès à une représentation juridique au sein du système de justice. Les deux programmes plus modestes ont une vocation plus « matérielle » en rapport avec l'accès à la justice.

RÉFORME DES TRIBUNAUX

L'un des principaux objectifs du mouvement d'accès à la justice a été centré sur l'amélioration de l'efficacité des tribunaux. Il est largement et fréquemment admis que la complexité du système lui-même constitue un obstacle important à l'accès au système de justice. En rapport avec cette notion d'accès à la justice, les décideurs déploient des efforts pour accroître l'accessibilité en améliorant l'efficacité des processus et procédures judiciaires et en les simplifiant. Cette conception de l'accès à la justice inclut également des réformes administratives en rapport avec des questions comme les heures d'ouverture, l'emplacement, la structure (p. ex., tribunaux unifiés). En Ontario, le rapport Zuber fournit une illustration de ce volet de l'accès à la justice.[10] On pourrait affirmer que ces types de réformes visent essentiellement à améliorer l'accessibilité au profit des poursuivants existants. Pour permettre à un plus grand nombre de personnes d'accéder à la justice, il faudra prendre des mesures supplémentaires.

RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE DES CONFLITS

Le règlement extrajudiciaire des conflits, ou REC, correspond aux efforts déployés pour

[10]Zuber, Rapport de l'Enquête sur le fonctionnement des tribunaux de l'Ontario, 1987.

trouver des mécanismes plus efficaces que les tribunaux pour résoudre les conflits. Le REC englobe un grand nombre de méthodes. Conférences préalables aux instructions, arbitrage ordonné par le tribunal, « juge de substitution », cours des petites créances, médiation en matière de divorce, et conseils de justice de quartier ou communautaires, sont des exemples bien connus.

Assurance juridique payée à l'avance

Le coût des services juridiques est souvent qualifié de prohibitif, pour tous sauf les riches. L'aide juridique payée à l'avance constitue une formule qui permet à la classe moyenne d'accéder à des services juridiques. Même si les régimes d'assurance juridique sont répandus en Europe, ils sont passablement rares au Canada. Au moins un syndicat de travailleurs, la section locale de Windsor des TCA Canada, gère un régime d'assurance juridique sans but lucratif. Un nombre limité de compagnies d'assurance privées tentent d'introduire des régimes d'assurance juridique payée à l'avance sans but lucratif. Au moins deux banques canadiennes offrent des régimes d'assurance juridique. En contrepartie d'un forfait mensuel, les régimes d'assurance juridique offrent des conseils par téléphone, des lettres de suivi et une couverture d'affaires juridiques précises, parmi lesquelles sont les procédures de divorce, les testaments, les transactions immobilières, les adoptions et les procurations.

Défense de l'intérêt public

Depuis les années 1960, certains organismes se sont consacrés à l'utilisation de moyens légaux pour résoudre les problèmes sociaux et environnementaux, ainsi que les problèmes des consommateurs, sur une base systémique, plutôt qu'au cas par cas. C'est ce qu'on appelle défense de l'intérêt public. Il existe un certain nombre d'organismes de ce type au Canada, dont l'Association canadienne du droit de l'environnement ou Legal Actions and Education Fund. Plusieurs organismes d'aide juridique acceptent des dossiers d'intérêt public dans certains cas. Legal Aid Manitoba possède un service d'intérêt public.

Services bénévoles

Les services bénévoles sont les prédécesseurs du système d'aide juridique moderne. Un volume considérable de services bénévoles sont encore assurés. Certains ordres d'avocats et certaines associations de barreaux encouragent activement leurs membres à assurer gratuitement des services juridiques. Le Barreau du Canada fait des enquêtes sur les activités bénévoles de ses membres. Selon l'enquête de 1998, 24 p. 100 des avocats de l'Ontario ont déclaré avoir assuré certains services bénévoles. La moyenne était de 83 heures de services gratuits par année. Le Barreau du Haut-Canada, en partenariat avec l'Association du Barreau canadien – Ontario, et Centraide, offre des services juridiques gratuits aux organismes caritatifs. Un programme similaire existe en Alberta. La Manitoba Bar Association gère un projet de droit d'intérêt public bénévole qui vise à effectuer le procès de causes types. Certains services bénévoles s'adressent aux groupes d'intérêts spéciaux. Une succursale albertaine de l'Association du Barreau canadien offre des conseils gratuits aux femmes battues. La Law Society of Saskatchewan offre des services juridiques gratuits aux personnes de plus de 65 ans admissibles à un soutien du revenu provincial. Des cliniques des facultés de droit offrent des services gratuits. Les cabinets juridiques privés offrent également des services gratuits.

Toutes ces activités permettent d'accéder au système de justice. Il semble que le volume d'activités bénévoles au Canada soit considérable.

Il est difficile de brosser un portrait systématique de la nature et du volume des services juridiques gratuits. Toutefois, ils font partie du système d'accès à la justice.

LE MOT DE LA FIN

Nous avons dressé un portrait concis et incomplet du système d'accès à la justice. À certains égards, ce portrait est incomplet parce que le paysage lui-même est incomplet. En grande partie, ce que nous avons décrit s'applique à l'accès au *système* de justice, à certaines exceptions près, soit la VIJ et les services d'assistance parajudiciaire aux Autochtones. L'aide juridique, les services bénévoles et les REC offrent un accès au *système*. Les activités de défense des intérêts publics tentent d'utiliser le système juridique pour remédier aux problèmes systémiques.

La notion de justice peut être étendue au domaine du droit matériel. Selon Mossman, cela se reflète dans la possibilité qu'offre la Charte d'utiliser les procédures judiciaires pour promouvoir le changement social.[11] Cela pourrait s'appliquer à toutes les minorités : femmes, handicapés, minorités visibles, homosexuels et personnes défavorisées sur le plan économique en général. Une fois de plus, cette conception met à profit le système juridique pour traiter des problèmes de fond.

On pourrait élargir un peu la réflexion relative à l'accès à la justice. Notre conception traditionnelle de la justice et de la façon de la rendre est le reflet du système de justice officiel. Il se peut que nous ne connaissions pas autant que nous le pensons la façon dont nous définissons les problèmes juridiques ou liés à la justice, les notions de justice auxquelles adhèrent les groupes minoritaires et nombre de gens ordinaires de notre société, ainsi que les moyens qu'ils privilégient pour rendre la justice. Cela fait longtemps que certains érudits nous ont averti que le *système de justice* ne rendait pas nécessairement la *justice*.[12] Des études empiriques plus récentes soulignent le fait que nous avons tendance à favoriser des modes plus informels de règlement des conflits, étant donné l'absence de procédures complexes qui nous permet d'être écoutés, ainsi que de jouer un rôle important en rapport avec le processus.[13]

Ces réflexions nous amènent plus loin en *terrain inconnu*, aux frontières de l'accès à la justice. Repensons aux superstitions et aux peurs des siècles passés, alors que les cartographes du début du premier millénaire inscrivaient parfois à la frontière du monde connu « monde des dragons ». Il reste, à n'en pas douter, beaucoup à découvrir.

[11]Mossman, p. 67-68.

[12]Mark Galantner, « The Duty *Not* to Deliver Legal Services », Miami Law Review, 929, 1976 et Mark Galantner, « Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change », Law and Society Review, 95, 1974.

[13]Seeking Civil Justice, National Consumer Council, Londres, 1995.

La justice avant l'accès

Roderick A. Macdonald

Président
Commission du droit du Canada

NOTES DE DISCOURS NON REVISÉES

Notes pour une allocution prononcée dans le cadre du colloque intitulé Élargir nos horizons : redéfinir l'accès à la justice au Canada, organisé par le ministère de la Justice du Canada et tenu à l'hôtel Delta, à Ottawa, le 31 mars 2000.

Introduction : La justice avant l'accès

Il est évidemment difficile de dire beaucoup de choses en sept minutes. En particulier pour un professeur qui a l'habitude de disposer de 50 minutes. Mais j'essaierai tout de même de le faire. Je suis honoré de faire partie de ce comité d'experts avec M^me^ la juge Mary Ellen Turpel-Lafond et M. Jacques Dufresne. M^me^ Turpel-Lafond possède une combinaison extraordinaire de qualités : elle est un juge sérieux, érudit, éloquent, engagé et compatissant. Nous avons de la chance d'avoir des personnes comme elle au sein de notre magistrature. Jacques Dufresne, que je connais depuis maintenant 10 ans, est un homme tout à fait remarquable. Philosophe, pédagogue, critique social, polémiste — il a su, là où règne la noirceur, éclairer la voie que nous devons prendre pour que notre société soit plus humaine, plus compatissante et plus juste.

Je connais bien les tendances clés qui ont été dégagées dans la documentation de référence, grâce à mon expérience à titre de directeur du programme de droit communautaire de l'Université de Windsor en 1975, à mon travail au sein du programme sur le droit et la société de l'Institut canadien de recherches avancées dans le milieu des années 1980, à mon rôle de président du Groupe d'étude sur l'accessibilité à la justice au Québec de 1989 à 1991, à l'étude empirique que j'ai menée sur la cour des petites créances à Montréal au milieu des années 1990 et à mon rôle actuel de président de la Commission du droit du Canada.

Dans mon allocution, je tenterai de vous transmettre cinq courts messages tirés de chacune de ces expériences. Après 25 ans passés dans les champs de la vulgarisation juridique communautaire et de l'accès à la justice civile, je peux dire une chose : j'ai déjà pensé qu'un droit officiel plus directif était la seule voie menant à une plus grande justice. Aujourd'hui, je ne vois plus le défi en termes uniquement d'outils. En fait, notre défi est plus vaste : il nous faut repenser nos attitudes et nos attentes au sujet de qui possède le droit, de ce que le droit peut accomplir de manière réaliste et des façons les plus efficaces dont le droit peut être utilisé afin de créer une société plus juste.

I. Information égale pouvoir — Parfois

La vulgarisation juridique peut être une arme à double tranchant. Loin de favoriser l'accès à la justice, elle finit souvent par accroître la dépendance aux avocats, aux tribunaux et au système officiel. Loin de sensibiliser le système

aux besoins juridiques du public, les programmes de vulgarisation juridique amènent généralement le public à penser qu'il a besoin du système.

Le défi est donc le suivant : Comment peut-on donner aux citoyens l'information et les ressources nécessaires pour qu'ils puissent sensibiliser davantage le système officiel à leur idée d'un ordre juridique juste et l'amener à en tenir compte?

II. « Droit dans la société » n'est pas synonyme de « droit et société »

« Droit » et « société » ne sont pas deux choses différentes. Le droit est présent dans l'interaction sociale. L'objectif général ne peut pas être de faire en sorte que les faits récalcitrants de la vie sociale se conforment aux structures bien ordonnées des règles juridiques officielles. L'exclusion d'un si grand nombre de personnes des présumés bénéfices du système de justice découle directement de l'incapacité ou du refus du droit officiel adopté par les législateurs et appliqué par les tribunaux de laisser de la place au droit vivant de l'interaction humaine quotidienne.

Le défi est donc le suivant : Comment en arriver à un droit officiel fondé sur les interactions humaines et sur la négociation continue des conditions et des formes de justice entre les citoyens, les tribunaux et les législateurs?

III. « Accès aux tribunaux » n'est pas synonyme d'« accès à la justice »

Rendre plus objectivement accessibles les institutions chargées du règlement des différends ne réglera pas les principales défaillances du droit officiel pour la simple et bonne raison que le droit officiel est, d'une multitude de façons, la cause de ces défaillances. Il ne s'agit pas de prôner la privatisation des différends civils. Les différends civils n'ont pas les caractéristiques premières qui en permettent le règlement au moyen des divers procédés extrajudiciaires. Comme la musique, les arts, la poésie, le ballet, le cinéma et la danse, le rôle du droit est de prendre les malheurs et les frustrations inexprimés de la vie et de leur donner une forme de façon qu'ils puissent être encadrés, discutés et canalisés vers des exercices productifs de croissance morale pour les personnes qui sont touchées. La capacité des institutions de la justice officielle destinées seulement à régler les différends dans des contextes contradictoires qui ne favorisent pas la réparation est limitée à cet égard.

Le défi est donc le suivant : Comment concevoir les conflits humains d'une manière qui permet aux institutions officielles de reproduire la sagesse des symboles sociaux non officiels, et aux symboles sociaux non officiels de reproduire les valeurs démocratiques et d'égalité sociale que nous attribuons à nos processus officiels?

IV. Diversité et désenchantement

Même dans les institutions et les initiatives destinées spécialement à améliorer l'accès à la justice, comme les cours des petites créances, le plaignant type me ressemble – il s'agit d'un homme blanc, non-immigrant, francophone ou anglophone, professionnel, instruit, âgé entre 35 et 55 ans. L'identité et la diversité se sont avérées être des concepts incroyablement complexes. Pourtant, le seul différenciateur social auquel il faut se soumettre, celui qui transcende toutes les autres inégalités, c'est la classe sociale. Les racines économiques de l'inégalité ne peuvent pas être éradiquées simplement par un recours accru aux institutions officielles de règlement

des différends. L'image professionnelle courante du droit ne dit plus rien à la population canadienne. L'échec du droit officiel à reconnaître et à légitimer la diversité est un argument en faveur de la récupération du pluralisme comme moyen de contestation du droit officiel. L'accès à la justice consiste à donner à une population diversifiée le pouvoir de faire, de choisir et d'appliquer son propre droit.

Le défi est donc le suivant : Comment créer un système dont les règles, les méthodes et le personnel tiennent réellement compte des questions d'identité et de diversité?

V. La justice réside dans les aspirations humaines

Le droit est à la fois une réalisation humaine fragile et dynamique. Il reflète et façonne en partie les mœurs d'une société. Le droit est autant l'affaire de tous les Canadiens que des législateurs, des tribunaux et des avocats. Les citoyens savent que, bien que ces législateurs, ces avocats et ces tribunaux prétendent avoir le monopole de la loi, c'est le droit non officiel de leur vie quotidienne qui est le fondement d'une société juste et respectueuse. Les Canadiens renouvellent le droit en le vivant, réussissant souvent à réparer les injustices causées par un droit officiel que le législateur ne veut pas ou ne peut pas modifier.

Le défi est donc le suivant : Comment donner aux citoyens la possibilité de participer davantage aux processus législatifs et administratifs de création du droit?

Conclusion : Il n'y a pas de formule toute faite

Il est toujours tentant de vouloir réduire les complexités sociales à des formules toutes faites – comme efficience, maximisation de la richesse et même « accès à la justice ». Mais nous devons résister à cette tentation.

Parler d'« accès à la justice » déplace deux fois ce qui devrait être notre objectif. Nous en venons à nous attacher à l'« accès » à la justice plutôt qu'à la « justice » elle-même; et bien que nous proclamions que l'« accès à la justice » est un but, ce que nous visons réellement, c'est l'« accès au droit ». Les préoccupations les plus importantes des Canadiens au sujet de la justice ont peu à voir avec les droits fondamentaux au sens strict : elles concernent plutôt la reconnaissance et le respect. Et les obstacles les plus importants à l'accès à la justice ne peuvent être surmontés que si nous réorientons notre façon de considérer les différends, les droits, les jugements et les recours judiciaires du type tout ou rien; l'injustice découle non pas des difficultés rencontrées lors des procès civils, mais des inégalités du pouvoir social.

La plupart des propositions contemporaines d'amélioration de l'accès à la justice sont simplement la réaction d'un système officiel qui craint de perdre sa capacité de contrôler les autres institutions sociales où les gens négocient et vivent leur propre droit et les pratiques de la société civile. La quête obsessive de solutions juridiques officielles signifie que nous sommes maintenant moins enclins, et moins aptes, à imaginer des réponses innovatrices aux disparités concernant le pouvoir et aux défis que représente la construction d'une société juste ayant une profonde signification humaine.

De la règle de droit à la philia

Réflexions de Jacques Dufresne en marge du Colloque sur l'accès à la justice, organisé par le ministère fédéral de la Justice en mars 2000.

Telle qu'elle est généralement posée sur la place publique, la question de l'accès à la justice est un éloge voilé de l'institution juridique. Pourquoi plaint-on les justiciables qui n'ont pas accès à cette institution, pourquoi veut-on les aider sinon parce qu'on les estime privés d'un bien précieux. Quel est au juste ce bien, est-il aussi précieux qu'on le donne à entendre?

Vous aurez remarqué que j'ai remplacé le mot justice par le mot institution juridique, laquelle englobe les tribunaux, les lois et règles de droit, les professions juridiques. Quand on emploie le grand mot justice dans ce cas, on sème la confusion dans les esprits et on tient des propos mensongers sur l'idée de justice. L'institution juridique est un moyen, certes important, d'accéder à la justice, mais elle n'est qu'un moyen parmi d'autres. L'Église, l'État et la sociétés elle-même sont aussi aptes à jouer ce rôle.

Si les citoyens n'ont pas accès à l'institution juridique, elle, en revanche, a accès aux citoyens, elle comporte des prolongements de tous genres, on est tenté de dire tentacules, par quoi elle s'infiltre dans de nombreuses activités. Elle est désormais présente dans les actes les plus importants et les plus intimes de la vie : la procréation et la mort. Les actes de naissance et les testaments existent depuis longtemps, mais jamais les experts en droit et en médecine n'avaient eu un rôle plus important que celui du père, pour ce qui est de la procréation artificielle et de la famille au complet, pour ce qui est de la mort à l'hôpital. Chacun peut aussi noter que de plus en plus d'enfants connaissent leurs droits avant de savoir lire et écrire, que par crainte des poursuites judiciaires, les professeurs gardent la porte de leur bureau ouverte. Ce sont là autant d'indices du caractère envahissant de l'institution juridique. Je vous renvoie à mes propres travaux. (Voir les dossiers Justice et Droit de L'Encyclopédie de L'Agora sur Internet.)

Je n'ajouterai qu'une anecdote qui vous rappellera les origines américaines de ce fléau, désormais canadien et bientôt universel. L'été dernier un de mes neveux était sur une plage du New Hampshire avec sa femme et leurs deux enfants. Pendant qu'il aidait son garçon de six ans à construire un château de sable, surgit un jeune yankee du même âge. Agressif, sûr de ses droits, ce *frontier child* menace de détruire le chef d'œuvre. Le père, haussant la voix, lui donne à entendre que son geste aura des conséquences. Rien n'y fait, d'un coup de pied, le château de sable est détruit. Le père s'approche alors du jeune vandale, il ne le maltraite d'aucune manière, se limitant à le tenir par les poignets, persuadé que les parents quand ils arriveraient, lui donneraient raison. La mère arrive effectivement, mais en furie contre cet étranger qui a osé mettre la main sur son enfant, ce que les lois du New Hampshire interdisent formellement. S'ensuit une rocambolesque histoire policière. L'agent de sécurité de la plage s'estimant dépassé par les événements fait appel à un véritable policier qui doit venir de la ville voisine. Après deux heures de négociations ardues, mon neveu échappe de justesse à une coûteuse poursuite, mais il est obligé de présenter ses excuses à l'enfant. Faut-il s'étonner qu'avec de telles lois et dans un tel climat, les tribunaux soient encombrés?

Il apparaît ainsi que l'institution juridique est elle-même, dans une mesure qu'il nous reste à

déterminer, responsable de la demande de services juridiques. La critique de ce processus par lequel une institution crée elle-même la demande qu'elle va satisfaire ensuite a été très bien faite dans le cas de la médecine. Je pense ici à la *Némésis Médicale* d'Ivan Illich, mais aussi aux travaux antérieurs de Schipkowensky sur les maladies iatrogènes. Dans le monde francophone, cette critique fait partie depuis Molière de la grande tradition culturelle, voire de la culture populaire. *Knock ou le triomphe de la médecine* de Jules Romains a tenu la scène pendant 20 ans à Paris, au début du siècle. Dans cette pièce, on voit l'institution médicale représentée par le médecin et le pharmacien d'un village, agissant de concert pour se créer une clientèle nombreuse et fidèle. L'homme en santé, proclament-ils, est un malade qui s'ignore.

Certes, l'avocat a été lui aussi malmené par les auteurs dramatiques, notamment dans *La Tête des autres* de Marcel Aymé, mais sans pouvoir le démontrer de façon formelle, je crois être en droit d'affirmer que l'institution juridique a été beaucoup moins analysée sous l'angle qui nous intéresse, que ne le fut l'institution médicale, de sorte que l'on connaît moins bien les griefs *nomikogènes* que l'on ne connaît les maladies iatrogènes. Si l'homme en santé est un malade qui s'ignore, dans nos sociétés aussi judiciarisées que médicalisées, l'honnête citoyen est un criminel qui s'ignore. Encore récemment au Québec, la réputation d'un professeur a été à jamais salie par les accusations d'agression sexuelle d'une fillette et de sa mère. Le tribunal a disculpé le professeur, un homme respecté de tous ses élèves depuis 35 ans, mais en vain. La réputation de l'accusé avait été irrémédiablement atteinte.

Vous pourriez m'objecter que les chartes de droits, en tant que moyen de produire artificiellement des griefs, ont fait l'objet d'une multitude d'études et de commentaires. Je répondrais que c'est l'institution juridique qui est le plus souvent à l'origine de ces critiques; ce qui a comme conséquence de nous faire oublier le fait que les chartes de droits sont apparues dans le cadre d'une logique que la dite institution a elle-même instaurée.

On me reprocherait avec raison d'être simpliste si je prétendais pouvoir expliquer la demande de services juridiques uniquement par le pouvoir qu'exerce l'institution juridique. Comme nous pouvons le constater chaque jour, il s'agit d'un phénomène complexe dans lequel les médias, la population et les parlements jouent souvent un rôle déterminant. Huit enfants, sur deux milliards, meurent dans l'un de ces accidents d'autobus scolaire, que le nombre de véhicules en circulation rend pratiquement inévitable, de temps à autre. Avec la complicité d'un large public, les médias font de ce fait divers une tragédie telle qu'il pourrait très bien en résulter une loi obligeant les fabricants d'autobus scolaires à tourner les sièges vers l'arrière.

C'est ainsi que fonctionne la machine à fabriquer des lois et règlements. D'où ce commentaire souvent cité du juriste français Jean Carbonnier :

> « À peine apercevons-nous le mal que nous exigeons le remède; et la loi est, en apparence, le remède instantané. Qu'un scandale éclate, qu'un accident survienne, qu'un inconvénient se découvre: la faute en est aux lacunes de la législation. Il n'y a qu'à faire une loi de plus. Et on la fait. Il faudrait beaucoup de courage à un gouvernement pour refuser cette satisfaction de papier à son opinion publique. »

Il y a quelques années, lors du débat public sur le projet de loi visant à interdire la vente des fromages de lait cru, j'ai interrogé un expert sur l'origine des lois tatillonnes qui existaient déjà dans ce secteur. Il m'a expliqué que plusieurs

d'entre elles avaient été votées à la hâte à la suite d'un fait divers comme l'accident de Nicolet et qu'elles étaient demeurées en vigueur par inertie, même si aujourd'hui personne n'en verrait la nécessité.

Je maintiens donc mon diagnostic de 1987 : la règle de droit se répand de plus en plus à la manière des cellules cancéreuses, envahissant simultanément la sphère de la sociabilité spontanée et celle de la morale. Certains diront plutôt, et il y là plus qu'une simple nuance, que la règle de droit remplit un vide laissé d'un côté par la dislocation des mœurs, et de l'autre par la dissolution de la morale. La justice populaire, en effet, n'existe plus en aval en tant qu'instrument de prévention, et en amont, la morale qui pourrait contenir les excès a perdu une grande partie de sa cohérence et de son efficacité.

Je pourrais citer de nombreux auteurs à l'appui de ce diagnostic, Jacques Grand'Maison, Guy Rocher et George Grant, notamment.

Mais mon but premier aujourd'hui n'est pas le diagnostic, mais le remède. S'il m'a paru nécessaire de rappeler le diagnostic, c'est pour qu'il apparaisse clairement que vouloir faciliter l'accès à l'institution juridique, quand on laisse se multiplier les occasions de litiges, c'est comme verser de l'eau dans un tonneau sans fond.

Il faut d'abord s'attaquer aux causes du problème. Si, comme nous venons de le constater, l'institution juridique n'est pas la seule cause de la multiplication des litiges, sa responsabilité n'en est pas moins très lourde. C'est à l'institution juridique qu'il appartiendrait d'élever la voix chaque fois qu'un parlement s'apprête à voter une loi pour des raisons démagogiques. Elle ne devrait d'ailleurs pas avoir à le faire puisqu'elle est sur-représentée dans la plupart des gouvernements. On a plutôt le sentiment que par une espèce d'instinct corporatif, les juristes au pouvoir ne font rien qui puisse nuire au pouvoir de l'institution juridique vers laquelle ils espèrent retourner. Un témoin de la scène m'a raconté qu'au moment de l'adoption de la charte canadienne, le parrain de cette Charte, un avocat ministre, avait informé ses confrères du Barreau de la manne qui les attendait. C'était bien entendu une boutade, mais vous avouerez que boutade pour boutade, il aurait été plus rassurant que le parrain en question invite ses confrères à résister aux occasions de s'enrichir aux dépens du tissu social.

Car c'est le tissu social qui est en cause. Pour vivre avec ses semblables sur le mode du procès, il faut être devenu à la fois amer, aigri et dur. Avant de songer à faciliter l'accès à l'institution juridique, il faut trouver une méthode pour faire disparaître dans la société elle-même le plus grand nombre possible d'occasions de litige.

Pour mettre un minimum d'ordre dans mes idées sur cette question, j'ai imaginé un graphique que j'ai appelé la pyramide de la justice.

La pyramide de la justice

Le principe du moindre recours

Ce tableau, où l'autorégulation est en première ligne, suggère d'appliquer au droit un principe analogue au principe de subsidiarité, lequel nous invite à ramener les décisions au plus bas niveau compatible avec la nature de la question. En justice il faudrait respecter le principe du moindre recours, semblable au premier principe d'Hippocrate: d'abord ne pas nuire, *primum non nocere*, ne pas empêcher la nature de se guérir elle-même.

À propos de ce que nous appelons ici l'autorégulation ou la justice spontanée, il convient d'abord de rappeler que si elle paraît impossible dans les sociétés riches, elle n'en est pas pour autant un signe de barbarie. On peut fort bien soutenir que la justice spontanée est le signe d'une forme achevée de civilisation, tandis que la justice institutionnalisée serait plutôt la marque d'une civilisation, à ce point occupée par la production et la consommation de biens, que les citoyens n'ont pas de temps à consacrer à l'essentiel de la vie dans une cité : l'harmonie sociale.

C'est la thèse que l'écrivain mexicain Gustavo Esteva a soutenue lors du symposium *Le droit en question* organisé en 1990 par L'Agora en collaboration avec la Chambre des notaires du Québec. Pour illustrer sa thèse, monsieur Esteva a donné l'exemple suivant. La scène se passe dans le quartier populaire de Tepito, à Mexico. Des parlementaires étrangères en visite dans le quartier apprennent qu'un grave crime vient tout juste d'être commis : un homme d'âge mur a violé une adolescente. Hauts cris des distinguées visiteuses qui réclament un châtiment exemplaire par les tribunaux. Mais il n'y a pas de tribunaux à Tepito. La punition est spontanée. Au café, et dans les réunions publiques, le vide se crée autour du coupable. Chacun prend ses distances par rapport à lui. On ne voit toutefois pas l'utilité de le rejeter de la communauté pour qu'il soit emprisonné à l'extérieur et devienne un cas de psychiatrie. Mis à part sa passion pour les trop jeunes filles, c'est un citoyen remarquable. Dans les corvées, il est toujours le plus efficace. Le temps passe. Une jeune femme accepte de l'épouser. Dans ces conditions, la victime et sa mère acceptent de faire la paix avec lui.

Comment traiter de cette justice spontanée sans évoquer celle des Amérindiens? « Pour maintenir l'ordre social, écrivent Robert Vachon et N'Tsukw, l'autochtone ne procède pas par acte législatif, décision judiciaire, coercition et sanction physique, mais par la coutume et la persuasion du groupe. Le processus judiciaire lui-même est davantage conçu en fonction du rétablissement de l'ordre naturel que du châtiment éventuel du coupable. Ce n'est pas un jugement formalisé avec tribunal, jugement effectif, condamnation, mais un jugement non formalisé de l'opinion publique. »

Il est évidemment impossible de récréer artificiellement un tissu social qui rendrait une telle autorégulation possible dans une société riche. Cela ne justifie toutefois pas qu'on interdise l'autorégulation là où l'état des mœurs la rend encore possible. Cela surtout n'enlève rien au mérite de ceux qui, ayant compris les dangers de l'institutionnalisation se donnent pour mission de veiller sur les racines de la sociabilité traditionnelle aussi bien que sur les nouvelles pousses.

Par un recours intelligent de l'histoire des mentalités, de même que par une intervention sociale fine, on peut parvenir à repérer les formes saines de sociabilité et créer les conditions d'une intervention sensée qui aurait pour effet, soit de prévenir les litiges, soit de favoriser un règlement à la fois plus rapide, plus humain et plus juste.

On pourrait aussi accréditer auprès du grand public et des juges les principes qui sont de nature à favoriser une interprétation des lois

favorables à la vie sociale. On pourrait, par exemple, établir le principe d'hospitalité. C'est une autre expérience récente qui m'a fait découvrir la nécessité d'un tel principe. Nous connaissions une adolescente française en stage dans notre région qui rêvait de passer quelques jours à Montréal, mais n'avait pas les moyens de s'offrir une chambre d'hôtel. Nous avons fait appel à l'hospitalité de proches et des connaissances. Tous ont refusé, la plupart de crainte des poursuites judiciaires en cas d'accident. Quand on voit des enfants mineurs qui poursuivent leur propres parents, on peut en effet s'attendre au pire dans le cas d'une étrangère. Imaginez les obstacles que l'on rencontre quand la personne que l'on veut aider est handicapée. Le principe d'hospitalité auquel je pense serait tel que toute personne ayant pratiqué l'hospitalité de bonne foi ne pourrait être tenue responsable d'un accident survenu chez elle que dans des cas extrêmes de négligence volontaire. Cela dissuaderait bien des maniaques de la poursuite judiciaire.

En plein cœur de Cambridge, Massachusetts, juste à deux pas de Harvard, se trouvait, il y a quelques années, un parc désormais interdit aux enfants. À cause du coût trop élevé de l'assurance responsabilité. Le principe du civisme ne devrait-il pas être appliqué dans ce cas?

Un de mes amis m'apprenait qu'une jeune secrétaire avait volé près de quinze mille dollars à son entreprise. Il détenait des preuves telles que la jeune femme était passible d'un an de prison. Mais c'était une jeune femme du voisinage, qu'il avait vue grandir et dont il connaissait bien la famille. Il a trouvé une solution de bon voisinage. Devant deux voisins qui avaient juré de tenir la chose secrète, la jeune femme a reconnu une partie de son larcin. Heureux de la tournure des événements, son patron a alors accepté qu'elle rembourse cette partie, sans intérêts, sur une période assez longue pour qu'elle puisse remplir ses engagements sans avoir à faire d'autres vols. Mon ami savait fort bien qu'un avocat véreux aurait pu l'accuser d'avoir par intimidation empêché la jeune femme d'avoir accès à la justice. Mais le procédé utilisé avait satisfait tout le monde. Mon ami, d'avoir évité des frais juridiques considérables et une grande perte de temps; et la jeune femme, d'avoir échappé au scandale d'une poursuite. Soulignons qu'elle a rempli ses engagements scrupuleusement pendant cinq ans. Dans un cas de ce genre, c'est le principe du bon voisinage qui devrait s'appliquer.

Platon avait imaginé des solutions semblables pour les causes de divorce. Il prévoyait un jury qui serait en même temps une agence matrimoniale à caractère nettement interventionniste. La dite agence serait composée de dix hommes et de dix femmes. Voici quelle serait sa principale fonction : Ces arbitres étaient-ils à même de réconcilier les époux? Leur arbitrage devait alors avoir force de loi. « Mais, si les âmes des adversaires s'enflent de la houle d'une passion excessive, ils (les arbitres) chercheront quelles personnes s'entendraient avec chacun d'eux »[14]. Est-il besoin de rappeler que Platon n'aimait pas beaucoup les avocats. Ils appartiennent, disait-il, à la même catégorie que les sophistes, la catégorie de ceux qui utilisent la connaissance qu'ils ont du langage pour faire triompher, sans se soucier de la vérité, les causes qu'on leur demande de défendre en échange de cadeaux. Il conviendrait, concluait-il, d'interdire la profession d'avocat : « mais dans votre État, ce procédé, qu'il soit en fait un art ou bien je ne sais quelle routine dépourvue d'art, un savoir-faire, il faut, au plus haut point justement, qu'il n'y prenne pas racine. »[15].

[14]Platon, *Les Lois.*, 930a.
[15]Platon, *Op. cit.*, Livre IX, 936a.

Le droit préventif

La frontière entre l'autorégulation et le droit préventif est, on s'en doute bien, assez floue. Il existe à Montréal un centre de droit préventif qui fut créé à la suite de notre colloque *Le droit en question* sous l'égide de la Chambre des notaires du Québec. Ce centre a notamment la responsabilité d'un service gratuit d'information juridique. C'est un pas dans la bonne direction. Notons au passage que le notaire, profession inconnue dans l'Amérique anglo-saxonne, est un officier de droit préventif. Nous avions invité à notre colloque un spécialiste américain de la *preventive law*, le professeur Marc Galanter. Il est reparti avec la conviction que les professions notariales rendraient de grands services aux États-Unis. Tout bon contrat signé devant un notaire qui a bien fait son travail réduit considérablement les risques de litige. Mais au lieu de renforcer cette vénérable profession dans la seule région d'Amérique du Nord où elle existe encore, on semble vouloir l'éliminer au profit de la profession d'avocat qui, elle-même, cesse d'être une profession libérale; l'avocat modèle étant désormais, soit un homme d'affaires, soit un technicien du droit.

Hélas, le centre de droit préventif a refusé d'appliquer, ne fût-ce qu'à titre expérimental, une idée que j'avais empruntée à un obscur député de la fin du XIX^{e} siècle. Ce député avait fait voter une loi dite de « conciliation » grâce à laquelle un notable d'une région éloignée pourrait remplir le rôle d'un juge. Songez qu'à cette époque, deux cultivateurs de la région de Gaspé qui avaient une chicane de clôture devaient se rendre à Kamouraska pour faire entendre leur cause.

La loi Chicoyne réglait un problème d'accès à la justice causé par la distance géographique. Aujourd'hui les distances sont financières ou culturelles. Ne faut-il pas imaginer, pour combler ces distances, des mesures à la fois plus simples, moins professionnalisées et plus efficaces que ne l'est, par exemple, la médiation dans les cas de séparation? C'est dans cet esprit que j'avais proposé au Centre de droit préventif de donner une formation juridique fondamentale à quelques notables bénévoles de village ou de quartier, qu'on aurait ensuite autorisés à donner des services juridiques de première ligne dans leur communauté. Je m'étais intéressé auparavant aux médecines douces. Il me semblait qu'il y avait place pour une *justice douce*, qui avait déjà commencé spontanément à s'instaurer. On m'avait appris à l'époque qu'en Ontario en particulier, de nombreux policiers à la retraite pratiquaient la justice douce.

Le droit préventif pourrait aussi jouer un rôle dans le secteur administratif. Il y a quelques années, j'étais invité à participer comme conférencier à un congrès de la Commission d'appel de la CSST, (Commission de la santé et de la sécurité au travail). Je savais que le nombre de dossiers en attente était effarant et il n'était pas question que je recommande qu'on accroisse le nombre de commissaires pour régler le problème, avant d'avoir examiné soigneusement la situation. Aucun des nombreux documents mis à ma disposition ne m'avait éclairé. J'ai cependant tout compris quand un haut fonctionnaire, plus libre d'esprit que la moyenne, m'a expliqué que la première entrevue avec les travailleurs victimes d'accident était faite par des préposés sans aucune formation spéciale à qui on demandait d'aider le requérant à remplir un formulaire anonyme. En d'autres termes, on faisait en sorte que les travailleurs se heurtent à un mur en arrivant à la CSST. Le sentiment d'injustice qu'éprouve le travailleur prend forme à cette occasion. Les employés les mieux formés de cette agence, des médecins et des avocats pour la plupart, étaient regroupés au sommet de la hiérarchie. Un observateur cynique en aurait conclu que cette institution avait été organisée de telle sorte que le maximum de litiges afflue

au sommet pour tenir occupés le plus grand nombre possible de haut salariés. Mon informateur était persuadé qu'un peu plus d'hospitalité, de souplesse, de jugement à l'accueil aurait éliminé une bonne partie des griefs avant même qu'ils ne prennent forme.

Avant de chercher à prévenir les litiges, comme dans le cas de la CSST, il faut se demander s'il est possible de créer ou de recréer des solutions alternatives.

Les alternatives

Vous aurez remarqué que je distingue le droit préventif de ce que j'appelle les alternatives. Je range dans les alternatives la médiation, l'arbitrage et d'une manière générale, ce qu'on appelle aux États-Unis la justice informelle. Je me limiterai sur ce point à citer les conclusions d'un expert américain en la matière.

Après en avoir relevé toutes les contradictions, Richard Abel fait l'éloge de la justice informelle : « [...] elle exprime des valeurs qui suscitent une adhésion méritée : l'harmonie plutôt que le conflit; des mécanismes accessibles au grand nombre plutôt que des privilèges offerts à quelques-uns. Elle fonctionne rapidement et à bon compte; elle permet à tous les citoyens de participer aux prises de décisions plutôt que de limiter l'autorité aux professionnels; elle est conviviale plutôt qu'ésotérique; son but est de rendre toute la réalité de la justice à des gens qui autrement en seraient réduits à se satisfaire d'une justice de pure forme. »

Le tribunal

Au sommet de la pyramide de la justice, il y a le tribunal et les juges. À propos de ces derniers, nous avons déjà, après tant d'autres, préconisé un redressement consistant à réduire le plus possible l'importance des critères politiques dans le processus de nomination.

Ne faudrait-il pas aussi souhaiter que des juges de plus en plus compétents aient de plus en plus de temps à consacrer à des causes exemplaires? Les jugements qu'ils rendraient alors pourraient, à la base du système, devenir une source d'inspiration pour les spécialistes du droit préventif.

C'est seulement de cette façon que l'on peut espérer inverser la tendance actuelle où le tribunal est perçu comme la base de la pyramide alors qu'il devrait en être le sommet.

Pour rendre nos tribunaux plus accessibles, psychologiquement et moralement, nous pourrions tirer quelques leçons de l'exemple athénien. L'accès à la justice n'était pas un problème pour les citoyens quand ils étaient eux-mêmes au cœur de l'institution juridique, étant leur propre avocat et devant agir comme juge à l'occasion. Je recommande à tous les distingués juristes qui ont la patience de m'écouter de lire attentivement la pièce d'Aristophane intitulée *Les Guêpes*. Si on faisait de véritables efforts pour faciliter les choses aux citoyens qui veulent assurer eux-mêmes leur défense, on réglerait peut-être du même coup le problème de l'éducation. Si, en effet, les Athéniens ont appris à lire, à écrire, et à parler en public, c'est en partie parce qu'ils avaient besoin de toutes ces compétences pour jouir de tous les avantages de la citoyenneté.

Locke ou Aristote?

Les changements que je propose ne pourraient s'accomplir que dans un climat philosophique approprié. Ce climat peut-il être le libéralisme que monsieur Kingwell évoque au début de son document de travail? Je n'en étais pas sûr quand

j'ai écrit *Le Procès du Droit*. Aujourd'hui après avoir lu *English-speaking Justice* de George Grant, je suis convaincu que non seulement on ne peut pas trouver de remède à l'intérieur du libéralisme, mais que les idées de Hobbes et de Locke, empirées par John Rawls, sont la cause lointaine, mais omniprésente, des maux sociaux qui sont à l'origine de l'inflation dans la demande de services juridiques.

Une bonne société est faite d'ordre, de justice et de cette amitié propre aux communautés qu'Aristote appelait la *philia*.

Quand la justice, sous la forme de l'institution juridique, occupe trop de place par rapport à la philia, la situation devient malsaine et propice aux litiges. Que pouvons-nous faire pour redonner à la philia l'importance qu'elle a perdue?

Pour pouvoir répondre à cette question, il faut faire au préalable un périlleux détour par la philosophie.

Il nous faudrait d'abord être disposé à faire confiance à la nature humaine laquelle, selon Aristote, est foncièrement bonne. Cela suppose pour la plupart d'entre nous une douloureuse remise en question des idées modernes dont nous sommes pétris. L'homme, pensait Aristote, est un *zoon politikon*, littéralement un animal qui vit en cité, un animal sociable, ce que l'on peut interpréter de la façon suivante : ne faites pas obstacle à l'expression de sa nature et il manifestera spontanément de la philia à l'égard de ses semblables.

Cette idée de l'homme a servi de fondement à une conception de la justice qui a été au centre de la tradition occidentale pendant plus d'un millénaire. Dans cette conception, d'où est venu en droite ligne le droit romain, l'idée de justice était subordonnée à l'idée de bien, et la nature humaine à Dieu.

Mais de même qu'il y eut une révolution copernicienne en cosmologie et en philosophie, il y en eut une en droit, et ce furent deux philosophes anglo-saxons qui en furent les initiateurs: Hobbes et Locke. Trop de crimes sans doute avaient été commis au nom d'une justice ayant des origines divines. Une approche plus terre à terre a paru plus sage. Si bien que, depuis Hobbes, l'homme apparaît comme un loup pour l'homme et que depuis Locke, jusqu'à John Rawls, la justice ne gravite plus autour de Dieu, mais autour des intérêts de l'individu d'abord préoccupé par sa survie, c'est-à-dire par sa sécurité. Dans *English-speaking Justice*, George Grant, montre bien que, pour Rawls comme pour Locke, la justice est la « *fairness in the self-interest.* »

Comment traduire le mot anglais *fairness*? Puisqu'il s'agit du respect des termes d'un contrat social, lesquels sont analogues aux règles d'un jeu, on peut utiliser le mot honnêteté. Le bon joueur est celui qui ne triche pas, qui est honnête. L'honnêteté dans la défense de ses intérêts personnels! Cette définition est celle de John Rawls, et même s'il se présente comme un continuateur de Locke et de Kant, il appartient d'abord à la sphère de la philosophie analytique anglo-saxonne. Il n'y a plus de nature humaine en cause, ni de référence à une idée transcendante de la justice, mais seulement le constat déjà fait par John Locke, le fondateur du libéralisme, que la première chose qu'un être vivant raisonnable cherche à assurer, c'est sa propre survie. Il s'agit au fond pour l'auteur de *The Theory of Justice*, de préciser les conditions dans lesquelles chacun peut assurer le mieux possible sa survie dans un contexte social où tous font le même calcul.

Plus fondamental que l'honnêteté, il y a, dans cette conception de la justice, l'accent mis sur l'individu et sur sa sécurité. C'est l'un des paradoxes du libéralisme que d'être ainsi fondé sur

le contraire de la liberté. Poussons un peu plus loin notre analyse de la juridicisation des sociétés et nous découvrirons que c'est presque toujours le besoin de sécurité qui est en cause, directement ou indirectement, un besoin de sécurité qui s'exacerbe au fur et à mesure que l'homme, s'éloignant de Dieu, devient l'absolu. Depuis qu'il ne trouve plus la sécurité en Dieu, l'homme a divinisé la sécurité. Pendant ce temps, la peur de l'autre s'accentue, peur de l'autre sexe, peur de l'autre génération, peur de l'autre ethnie. «L'enfer c'est les autres», ce mot que Sartre a emprunté à Hobbes, était prophétique. Si la médicalisation est provoquée par la peur du microbe, la juridicisation est provoquée par la peur de l'autre… (et souvent aussi de ses microbes.) L'un et l'autre phénomène a pour cause ultime un besoin excessif de sécurité. On n'échappe individuellement et collectivement à l'emprise de la médecine seulement si, acceptant sa condition de mortel, on se rend à cette évidence : ma carcasse n'a pas un prix illimité. On échappe à l'emprise de l'institution juridique de la même manière.

Pour que la philia revienne là où elle a disparu, il faut avant tout un climat philosophique tel que la sécurité cesse d'être l'absolu qu'elle est en ce moment. Un tel climat existe dans la famille de mes voisins, qui ont 12 enfants. Peu de temps après l'accident d'autobus de Nicolet, le père a été interpellé par un policier parce que sur la banquette arrière de sa Chrysler, il y avait cinq enfants, dont trois seulement étaient attachés. On devine la réponse du père: « que voulez-vous monsieur le policier, il n'y a que trois ceintures ». La policier l'a averti : la prochaine fois, il sera sans merci et l'amende sera élevée. À ce compte-là, mes voisins ne pourront bientôt voyager qu'en convoi ou en autobus!

Commentant l'affolement suscité par l'accident, mes voisins se sont élevés à une sagesse digne d'Aristote : « on dirait, m'ont-ils dit, que les gens ont oublié qu'ils sont mortels et que lorsqu'un accident exceptionnel le leur rappelle, ils veulent éloigner d'eux le spectre de la mort en exigeant des mesures utopiques de sécurité. » Au moment précis où ils me tenaient ces propos, à leur cabane à sucre, je vois apparaître une petite tache colorée descendant une colline de l'autre côté d'un ruisseau. C'était le petit dernier, Robert, trois ans, qui venait seul retrouver ses parents, à plus de 500 mètres de la maison. « Ça lui fera un merveilleux souvenir », ont dit les parents, au lieu de s'angoisser par crainte des accidents qui auraient pu lui arriver.

Une fois ce climat philosophique rétabli, une foule de mesures simples d'allégement du fardeau juridique deviennent possibles. Il s'agir en somme de pratiquer l'hippocratisme social. La nature se guérit d'elle-même, enseigne Hippocrate. Il faut seulement s'efforcer de ne pas lui nuire. *Primum non nocere*. Ainsi en est-il pour la nature sociable de l'homme. Enlevez les obstacles et la philia réapparaîtra.

Il existe une ligue des droits et libertés et on ne compte plus les organismes chargés de veiller sur la sécurité des citoyens. L'heure est venue de veiller sur la philia, en favorisant, par exemple, des regroupements de citoyens se donnant pour tâche de limiter la peur de l'autre et ses effets corrosifs sur les communautés. Comment? Ce pourrait être en repérant les lois et règlements qui nuisent à la vie sociale et en proposant des abrogations ou des amendements.

C'est dans cet esprit qu'avec des amis de Vancouver s'occupant des handicapés nous avons, avec l'appui de la Fondation McConnel, lancé un projet qui s'appelle Philia et qui a pour but de recréer les conditions sociales de la philia.

LA PYRAMIDE DE LA JUSTICE

Ce tableau, avons-nous dit, suggère la proposition générale suivante : qu'à défaut d'avoir été empêché d'éclater par la vertu des citoyens, le litige soit, autant que possible, réglé spontanément par la société; que dans les situations où, malgré tout, le risque de litige est grand, on ait recours à un spécialiste du droit préventif, c'est-à-dire soit à un notaire qui par son statut d'officier public est en réalité un juge avant le fait, soit à un avocat qui se donne comme but de jouer un rôle semblable à celui du notaire.

Si le litige éclate malgré toutes ces précautions, il faut d'abord tenter de le résoudre par des procédés qui, tout en garantissant le maximum de justice, sont plus légers et plus doux que le recours aux tribunaux. Ces procédés sont dans l'ordre : la conciliation, la médiation et l'arbitrage. Les règlements à l'amiable viennent en dernier lieu parce que c'est le procédé qui offre le moins de garanties contre le recours à la force.

Ne se rendraient dans ces conditions jusqu'aux tribunaux que des litiges qu'il aurait été absolument impossible de régler autrement et qui, autant que possible, auraient une valeur exemplaire.

Sur l'élévation morale et sur la qualité du tissu social qui empêcheront le litige d'éclater, nous devons ici nous limiter à répéter qu'à défaut d'un tel remède, qui paraît vague et lointain, toutes les solutions à première vue plus précises et plus concrètes s'avéreront vite décevantes.

Cela ne signifie pas qu'il faille renoncer à tout effort de redressement. Cela signifie plutôt que les nécessaires efforts seront d'autant plus fructueux qu'ils s'accompagneront d'un renouveau moral plus radical.

PERSPECTIVE ÉCONOMIQUE : DAVANTAGE OU MOINS?

Stephen T. Easton

professeur d'économie à l'Université Simon Fraser
et professeur auxiliaire au Fraser Institute

Il ne fait aucun doute que les citoyens devraient avoir accès à la justice. Il ne fait aucun doute non plus que les besoins sont illimités. L'importante question est de savoir quelles restrictions doivent limiter le processus permettant d'obtenir une justice suffisante. Une fois établi ce que nous voulons que les gens soient capables de faire en principe (et, bien sûr, en droit), il faut se demander qui paiera – le contribuable et les parties ou uniquement le contribuable? Et une fois décidé que c'est le contribuable, et non les parties, qui paiera, il reste à se demander « combien » au total et pour chaque cause puisque le budget sera toujours épuisé.

En conséquence, en tant qu'économiste, mon rôle consiste à rappeler que, même avec de nouvelles dépenses de programmes (en particulier, si l'enveloppe de la Justice doit rester la même), le principe économique des concessions mutuelles entre les différentes solutions devrait encore s'appliquer pour déterminer quels programmes pourraient être étendus.

Nous avons besoin de ce principe. Un examen rapide de la justice canadienne met aujourd'hui en lumière les embûches qui nous guettent si nous n'appliquons pas le principe élémentaire des concessions mutuelles.

Il y a certains faits intéressants au sujet de la justice canadienne.

En premier lieu, le nombre d'avocats au Canada continue d'augmenter. En 1997, il y avait 67 961 avocats inscrits aux différents barreaux canadiens. Depuis 1991, le nombre d'avocats a augmenté de 21 p. 100 alors que le taux de croissance de la population a été inférieur à 8 p. 100. De 1991 à 1997, le nombre d'avocats par 100 000 habitants est passé de 199 à 224. Nous avons atteint le ratio avocat/habitant qui existait aux États-Unis en 1981. Pendant ce temps, de 1993 à 1997, le nombre de médecins *diminuait* au Canada, passant de 189 à 183 par 100 000 habitants.

En deuxième lieu, le taux de criminalité a baissé et, du même coup, le nombre de causes criminelles traitées par le système de justice. Au cours de la dernière décennie, le nombre réel d'infractions au *Code criminel* connues de la police a diminué de 15 p. 100 (alors que le *taux* de criminalité a baissé de 22 p. 100).

En troisième lieu, les litiges civils – il est remarquable de constater le peu d'information dont on dispose à ce sujet – ont probablement continué à augmenter après 1993, la dernière année pour laquelle des données ont systématiquement été recueillies[16]. Au cours de la décennie précédente, les coûts des litiges civils ont augmenté de 2,3 p. 100 par année (ajusté en fonction de l'inflation). L'augmentation des litiges civils est due principalement aux gouvernements (de tous les ordres). Il est malheureux que des

[16]Lippert, Easton et Yurish, 1997, « Trends in Canadian Civil Justice » dans John Robson et Owen Lippert éd., *Law and Markets: Is Canada Inheriting America's Litigious Legacy?*, Vancouver, The Fraser Institute, 1997.

données plus récentes ne soient pas disponibles. Il importe de savoir si, à l'instar du taux de criminalité, qui a augmenté et a ensuite commencé à diminuer au début des années 1990, les litiges civils ont continué à augmenter – ce qui, à mon avis, est très probable – ou ont en fait diminué de la même façon que les causes criminelles[17].

Les quinze dernières années ont démontré que les gouvernements devaient étendre les services juridiques qu'ils fournissent. D'une part, il y a le fiasco de l'aide sociale, où la grande expansion des années 1980 et du début des années 1990 a soudainement fait place à une réduction de services tout aussi brusque. On a du mal à croire que les changements aux services juridiques s'expliquent par des raisons logiques lorsqu'on constate de telles variations dans le financement et les services. D'autre part, le fonctionnement du reste du système de justice est demeuré remarquablement stable en dépit à la fois de l'augmentation et de la baisse de la demande de services.

Le tableau 1 montre les dépenses totales des différentes catégories de services de justice en dollars réels de 1999 (donc, ajustés en fonction de l'inflation).

Il est particulièrement intéressant de constater que les dépenses annuelles réelles de la police, des tribunaux et des services correctionnels varient de manière relativement graduelle, alors que, en comparaison, les coûts de l'aide juridique sont variables[18].

Il faut se poser la question suivante : Quel type d'exercice budgétaire est raisonnable compte

TABLEAU 1

Coût des services de justice : 1988-1997

(en millions de dollars de 1999)

Année	Police	Tribunaux	Aide juridique	Serv. corr. pour adultes	Serv. corr. pour adolescents
1988/89	5621	820	384	1893	456
1989	5717	s.o.	416	2018	486
1990	6110	892	480	2086	505
1991	5983	na	567	2064	519
1992	6209	942	654	2042	531
1993	6177	909	634	2005	542
1994	6158	889	688	2017	560
1995	6054	883	648	2000	529
1996	6005	879	550	2019	526
1997	6045	s.o.	459	2096	504

Source : *CCSJ Juristat* 17(3), à la p. 9, et *Juristat* 19(12), à la p. 4.

[17]Le Centre canadien de la statistique juridique a récemment étudié le fonctionnement de quatre ressorts, ce qui nous a permis de beaucoup mieux connaître les actions civiles et les activités des tribunaux, même s'il n'a pas fait un portrait complet de la situation.

[18]De plus, les dépenses totales de l'aide juridique ont graduellement augmenté dans le domaine pénal et diminué dans le domaine civil. La tendance est particulièrement marquée en Ontario, mais elle est également présente dans la plupart des autres provinces, même si le nombre réel de demandes d'aide juridique en matière pénale est en baisse – comme on pourrait s'y attendre en raison de la baisse du nombre de crimes et du taux de criminalité.

tenu de l'expansion souhaitée des services? Il est facile de dépenser de l'argent. Il ne manque pas de demandeurs ayant des besoins à combler si le gouvernement est prêt à payer – il suffit de jeter un coup d'œil à l'histoire de l'aide juridique pour s'en convaincre. Mais les services peuvent-ils être étendus d'une façon qui soit satisfaisante à la fois pour les prestataires et pour le contribuable? Je pense que cette question amène une réponse affirmative, mais il faut, pour y répondre, beaucoup d'autres renseignements que ceux contenus dans le tableau 1.

Par exemple, un principe fondamental veut que, lorsque plus d'argent doit être consacré à un programme, l'avantage pouvant être retiré de l'augmentation du niveau de service doit être proportionnel à l'augmentation du financement.

Cela signifie qu'il faut savoir ce que constitue le niveau de service. Dans le cas de la police, nous pouvons imaginer qu'il dépend du nombre de crimes; dans le cas des services correctionnels, du nombre de personnes condamnées à l'incarcération pour des crimes qu'elles ont commis; dans le cas de l'aide juridique, du nombre de personnes qui reçoivent des services en matière pénale (et civile). Mais ces mesures sont relativement élémentaires. Après tout, nous voulons que la police capture les criminels et lutte contre le crime; nous voulons que les tribunaux jugent les personnes justement et efficacement; et nous voulons que les prisons détiennent les criminels et les dissuadent de récidiver.

Peu importe les critères que nous choisissons pour déterminer quels services devraient être étendus, nous devons être persuadés que chaque dollar additionnel dépensé pour l'aide juridique, par exemple, sera aussi utile que le dollar additionnel qui pourrait être alloué aux tribunaux, à la police ou aux services correctionnels[19]. Autrement, il serait plus sage d'augmenter les fonds alloués aux tribunaux, à la police et aux services correctionnels avant d'augmenter ceux consacrés à l'aide juridique. Compte tenu des niveaux de service actuels, si un programme particulier entraîne manifestement des bénéfices plus importants, alors étendez ce service.

Pour mettre ce principe en pratique, nous devons être en mesure de caractériser le coût des services. Le tableau 2 illustre une telle caractérisation : le coût de chaque service est réparti en fonction du nombre de crimes connus de la police[20].

Pour de nombreuses composantes de la justice, mais non pour toutes, le nombre de crimes connus de la police est une source élémentaire de demandes.

TABLEAU 2

Coût des services de justice par crime connu de la police

Mesuré en dollars constants (1999)

Année	Police	Tribunaux	Serv. corr. pour adultes	Serv. corr pour adolescents
1988/8	2352	343	792	191
1989	2357	s.o.	832	200
1990	2326	339	794	192
1991	2064	s.o.	712	179
1992	2180	331	717	186
1993	2258	332	733	198
1994	2327	336	762	212
1995	2294	334	758	201
1996	2271	332	763	199
1997	2389	s.o.	828	199

[19]Dans un contexte plus large, nous devrions considérer également les soins de santé et l'éducation. Mais nous pouvons nous limiter au domaine de la justice aux fins de la discussion d'aujourd'hui.

[20]La répartition par nombre de crimes connus de la police n'est qu'une des façons de caractériser la prestation des services, et elle illustre la situation sans la définir parfaitement. D'autres méthodes plus sophistiquées peuvent être utilisées, mais elles dépassent le cadre du présent document.

Comme le tableau 2 le montre, les coûts de la justice par rapport au nombre de crimes connus de la police ont été remarquablement stables au cours des dix dernières années, c'est-à-dire que les fluctuations de coût par unité de service ne sont pas systématiques et ne suivent pas une tendance marquée. Par rapport au nombre de crimes, les coûts de la justice canadienne ont été stables en regard de la « demande » de service.

Le coût des services correctionnels a atteint un maximum en 1997. Le tableau 3 contient des données sur ces services pour les deux dernières décennies : le nombre de criminels détenus dans des établissements fédéraux et provinciaux au cours des 20 dernières années par rapport au nombre d'infractions au *Code criminel*.

TABLEAU 3

Détenus par 1000 infractions au *Code criminel*

Année	Détenus	Année	Détenus
1978	12.8	1988	11.5
1979	11.8	1989	12.0
1980	11.0	1990	11.1
1981	11.1	1991	10.6
1982	12.2	1992	11.1
1983	12.6	1993	12.0
1984	12.9	1994	12.7
1985	12.6	1995	12.8
1986	11.8	1996	12.9
1987	11.2	1997	13.0

La proportion de personnes incarcérées par rapport au nombre d'infractions au *Code criminel* a très peu varié. Qu'est-ce que cela signifie?

Ces données indiquent qu'il y a un lien constant entre ces catégories de dépenses et la source de la demande de service qui, aux fins du présent exercice, est les « infractions connues au *Code criminel* ». Les coûts et les niveaux de service de notre système de justice sont globalement stables. Il n'y a pas de changement important et brusque des coûts par rapport à une mesure de service de base.

Une telle stabilité n'existe pas cependant pour ce qui est de l'aide juridique, et on peut en dire autant de l'aide juridique en matière pénale même si cela n'est pas représenté ici. Le tableau 4 montre le coût de l'aide juridique par crime connu.

TABLEAU 4

Aide juridique par crime connu de la police

(en dollars de 1999)

Année	Aide juridique
1988	161
1989	172
1990	183
1991	195
1992	230
1993	232
1994	260
1995	246
1996	208
1997	181

Contrairement aux dépenses des autres catégories, les dépenses liées à l'aide juridique par crime ont considérablement varié au Canada. Si des dépenses additionnelles doivent être engagées dans ce secteur de la justice, une rationalisation des niveaux de service est souhaitable. Pour justifier l'expansion d'un service, il faut être en mesure de démontrer que chaque dollar dépensé pour ce service vaut *plus* que le même dollar dépensé pour une autre composante de la justice. Il serait très difficile de rationaliser l'expansion d'un service qui a autant varié, à moins qu'on puisse démontrer qu'un dollar dépensé pour cette forme de justice produit un meilleur résultat qu'un dollar additionnel dépensé pour les services de police, les services correctionnels et les tribunaux.

Alors, quels sont les paramètres dont il faut tenir compte? Pour étendre un service dans tout secteur de dépenses, il faut prouver que le coût par unité de service dans ce secteur est inférieur au coût de l'expansion des services dans tous les autres secteurs. L'aide juridique mise à part, il est probable que si vous aviez un dollar additionnel à dépenser, vous le répartiriez entre toutes les activités qui ont fourni des niveaux de service stables dans le passé au lieu de choisir une seule d'entre elles. Cette façon de faire n'est pas excitante, mais c'est la bonne si vous êtes diligent. Pour ce qui est de l'aide juridique, il faut démontrer que, en élargissant les services, vous améliorez l'accès à la justice mieux qu'en améliorant les tribunaux, la police ou les services correctionnels.

Nouveaux partenariats et nouveaux mécanismes de prestation Notes pour une allocution

Lois Gander

Legal Studies Program, Faculty of Extension, Université de l'Alberta

Nous avons été invités aujourd'hui à discuter de nouveau de la question de savoir comment améliorer l'accès à la justice au Canada – à faire preuve d'originalité et de créativité. Nous ne sommes pas réunis ici parce que nous formons une société instruite qui s'amuse à pondérer les impondérables, mais parce que nous croyons que notre système juridique a un besoin urgent de « réparation » ou de renouvellement.

Pour bon nombre d'entre nous, la question de l'accès à la justice n'est pas nouvelle. Nous avons participé ou nous participons à l'évolution des services juridiques, avec sa promesse d'élargir l'accès au système de justice, que ce soit au moyen de l'aide juridique, des services d'assistance parajudiciaire aux Autochtones ou de la vulgarisation juridique. Ou nous sommes des réformateurs du droit, des chercheurs de l'égalité, des défenseurs des droits des victimes ou des médiateurs consacrant nos efforts à faire en sorte que la loi ait davantage de sens pour les personnes qui sont mécontentes du système actuel.

Ces efforts nous montrent que nous ne faisons qu'effleurer le problème de l'accès à la justice sans nous y attaquer directement. Nos théoriciens du droit confirment nos soupçons concernant les graves défaillances de l'entreprise juridique. Nous en venons à nous demander : **quel** accès à **quelle** justice? C'est alors que nous devons nous rappeler la mise en garde d'Einstein : nous ne pouvons pas nous attendre à résoudre un problème en nous servant du même genre de réflexion qui l'a créé. Si nous voulons nous attaquer aux sources profondes du problème de notre système juridique, nous devons faire preuve de créativité et d'innovation.

Mais cela ne sera pas facile. Nous avons beaucoup investi dans le système actuel et nous avons beaucoup à perdre en l'abandonnant. Nous pourrions également devoir adopter des façons de penser qui nous sont très étrangères, qui peuvent sembler absurdes, fantaisistes ou ridicules. Nous pourrions devoir laisser de côté les outils d'analyse auxquels nous avons habituellement recours

pour utiliser des modes de réflexion, d'introspection et de pensée latérale qui nous sont moins familiers. Les discussions d'aujourd'hui ne peuvent être qu'un premier pas, incertain et hésitant, puisque nous ne connaissons même pas encore les questions auxquelles nous devrions répondre.

Notre tâche, dans ce groupe de discussion, consistait à déterminer qui devrait être nos nouveaux partenaires dans notre voyage vers la justice et de quelles façons nous pourrions concrétiser notre nouvelle notion de justice. Je propose que nous commencions par nous poser trois questions :

- Pourquoi ressentons-nous maintenant le besoin de mener une réflexion aussi profonde sur l'état de notre système juridique?

- Qui doit participer au renouvellement de notre système de justice?

- Comment concrétiserons-nous cette nouvelle justice?

Se rappeler ces questions pourrait nous aider à ne pas négliger le meilleur de nos traditions, tout en faisant franchir une autre étape au projet de justice.

POURQUOI MAINTENANT?

Pour commencer, je dirais que les défis auxquels doit faire face notre système juridique aujourd'hui ont été provoqués par divers facteurs, dont certains sont contradictoires :

- Le public est de plus en plus insatisfait du droit et de la forme de justice procédurale qu'il offre. Notre système nous promet que nous aurons l'occasion de faire valoir nos arguments devant un juge objectif en conformité avec des mesures de protection établies en matière de procédure. Mais notre système n'aide pas réellement la majorité des gens à soumettre leurs revendications aux tribunaux. L'aide juridique est limitée, autant sur le plan des causes admissibles que sur le plan financier. Elle laisse la classe moyenne et les pauvres sans aucune aide au regard d'une foule de questions juridiques importantes. Que peut faire un juge objectif si les règles sont à ce point complexes et les preuves à ce point instables que l'issue du procès est tellement imprévisible que certains juges l'ont qualifiée de « coup de dés »? À quoi sert la justice procédurale si les lois elles-mêmes ne sont pas justes, si elles favorisent le plus fort au détriment du plus faible? Ou si le meilleur avocat a gain de cause peu importe le bien-fondé de la thèse qu'il défend; si la procédure peut être manipulée par un avocat sans scrupule qui utilise les procédures mêmes de la justice pour faire céder la partie vertueuse? La justice procédurale est un mythe qui ne pèse pas lourd aujourd'hui.

- Nous ne pouvons pas repousser du revers de la main ces plaintes formulées contre le système juridique en considérant qu'il s'agit de la conséquence inévitable d'un système contradictoire qui, par sa nature même, doit désigner un gagnant et un perdant. Ce ne sont pas seulement les perdants qui se plaignent. Les gagnants, les témoins, les jurés, les spectateurs, les analystes et le public en général considèrent que le système est défectueux. Les avocats et les juges ont également de moins en moins confiance en lui.

- Les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* relatives à l'égalité ont créé l'espoir qu'il peut y avoir non seulement une justice procédurale, mais également une justice de fond, ce qui a eu pour effet d'accroître considérablement les enjeux juridiques en cause. Pourtant, les décisions des tribunaux

en matière de justice de fond ont été aussi controversées que celles concernant la justice procédurale. Les Canadiens ne semblent pas être aussi prêts pour ce genre de justice que notre Charte le laisse croire.

- L'inquiétude suscitée récemment par la violence chez les jeunes et, auparavant, par la violence des personnes en liberté conditionnelle a accru l'insatisfaction ressentie par le public à l'égard du rôle joué par le processus de justice pénale en matière de punition et de réhabilitation. Le droit semble nous offrir trop peu de protection contre le non-respect des lois.

- La composition multiculturelle du Canada fait en sorte que nous avons des expériences largement divergentes concernant des systèmes juridiques fondamentalement différents; en conséquence, nous ne nous entendons pas sur le sens de la notion de justice et sur les rôles des divers acteurs du système juridique; nous n'avons aucune histoire commune, aussi romancée soit-elle, de la lutte pour l'établissement du principe de la primauté du droit à titre de pierre angulaire de la démocratie, et aucun engagement commun envers son maintien.

- Le Canada est devenu une société procédurière et « fondée sur les droits ». Les Canadiens ont recours de plus en plus fréquemment et rapidement à notre système juridique déficient pour régler une variété de plus en plus grande de problèmes.

- Le maintien d'un système de justice portant ce fardeau exige une administration de plus en plus complexe et dispendieuse pour laquelle le public est de moins en moins prêt à payer. Le public a l'impression qu'on lui demande de payer encore et encore pour un système de plus en plus dysfonctionnel.

- La résistance du public à payer pour le système juridique s'accompagne de l'incapacité croissante des parties à assumer les coûts de la loterie juridique. Le système juridique est inaccessible non seulement aux pauvres, mais également aux gens de la classe moyenne. Il n'y a aucun lien entre le coût des services juridiques et les bénéfices qui en sont retirés.

- L'érosion de notre sentiment d'être des êtres humains sociaux et des citoyens capables de percevoir l'intérêt public au-delà de nos propres intérêts a fait de nous de simples consommateurs de services, même de services fournis par le gouvernement comme nos tribunaux. Notre solution est de nous plaindre du service que nous recevons, non d'en prendre la responsabilité.

- La présence dominante des multinationales risque d'enlever beaucoup de poids au discours sur les citoyens et leurs droits, créant un sentiment d'urgence à propos de la revendication de notre pouvoir collectif.

- En mettant en question le sens de la notion de justice, le postmodernisme conteste l'acceptation marquée par la suffisance de notre concept actuel et positiviste du droit. Les positivistes juridiques voudraient nous faire croire que la loi est la loi. Mais les postmodernistes nous disent que le concept même de loi est contestable. Le sens de la notion de loi réside dans la compréhension que chaque personne en a. S'il n'est pas fixé, nous pouvons créer le droit ou la justice que nous voulons. D'une part, cet exercice est libérateur; d'autre part, il en découle pour nous une obligation morale non seulement au regard des lois particulières que nous adoptons, mais également au regard de la notion même de loi que nous perpétuons et du genre de justice que nous visons.

Bref, notre système juridique montre des signes d'usure et le public réclame une révision complète du système afin que celui-ci rende une justice plus satisfaisante à un coût qu'il est prêt à assumer individuellement et collectivement. Sur le plan intellectuel, nous estimons avoir le pouvoir de revoir les fondements sur lesquels s'appuie l'entreprise juridique dont nous avons héritée, ainsi que son rôle dans notre recherche de la justice.

Une fois la question de la justice lancée, une foule de possibilités s'offrent à nous, dont certaines restent encore à imaginer. Pour que ces options servent à quelque chose, il faut d'abord régler la question de la légitimité. Nous devons nous demander quelle justice nous voulons.

Quelle justice?

Si nous devons retourner à l'essentiel dans notre examen de la justice, nous devons revenir à l'unité fondamentale de la société et redonner aux citoyens la responsabilité de décider quelle sorte de justice nous aurons. Mais nous devons en même temps éviter une forme primaire de démocratie fondée sur l'irresponsabilité qui permet aux gens d'échapper aux conséquences de leurs décisions. Nous avons plutôt besoin de formes d'engagement public qui favorisent la participation consciente à la justice, des discussions approfondies sur le sujet et une réflexion éclairée sur la signification de la justice telle qu'elle apparaît dans des situations de la vie réelle. Nous devons nous efforcer de définir une notion universelle de justice, une notion qui puise dans la richesse de la diversité des expériences des Canadiens. Aller de l'avant en ce sens suppose qu'on l'on trouve des façons de faire participer chaque citoyen à une véritable réflexion sur la question la plus fondamentale à laquelle notre civilisation est confrontée.

Cela peut sembler un projet immense, voire impossible, qu'il faut mener à bien d'emblée. Pourtant, c'est à ce projet que nous travaillons lorsque nous nous réunissons. Et c'est ce projet également qui est réalisé dans des collectivités qui semblent, à première vue, les moins en mesure de l'entreprendre. Je parle, bien sûr, des programmes de justice réparatrice existant dans certaines des collectivités les plus agitées du Canada qui sont aux prises avec certains de nos problèmes les plus insolubles. Leurs expériences laissent à penser que la participation de la population à la résolution des problèmes réels des collectivités non seulement mène à une forme de justice plus satisfaisante mais également transforme les individus et les collectivités.

La justice réparatrice n'est pas le seul outil que nous pouvons utiliser pour redéfinir la justice, mais il s'agit d'un outil pratique, les forces policières s'en servant pour lutter contre la criminalité partout au pays. S'ils sont bien gérés, les programmes de justice réparatrice permettent non seulement de rendre une justice plus satisfaisante, mais également de mieux comprendre la justice elle-même. Ils donnent aux individus le pouvoir d'exercer leurs fonctions de citoyens dans une société démocratique et d'en retirer des bénéfices.

Au fur et à mesure que des personnes se familiarisent avec cette nouvelle forme de résolution communautaire des problèmes, nous formerons une masse critique de personnes qui ont étudié avec sérieux la notion de justice dans diverses situations. Si ces personnes partagent leurs expériences, nous pouvons créer une nouvelle « common law » qui régira nos relations les uns avec les autres – une « common law » qui traduira notre sens de la justice et dans laquelle nous nous reconnaîtrons, mais qui transcendera notre époque et le lieu où nous vivons.

À mon avis, le nouveau partenaire le plus important dans l'entreprise de la justice doit être la population canadienne dont les membres assument leur rôle de citoyens. Comme nous sommes peu accoutumés à assumer cette responsabilité, nous aurons besoin d'aide de toutes sortes. Nous devrons redécouvrir la sagesse des années que peuvent nous transmettre nos aînés, nos historiens, nos anthropologues, nos philosophes, nos chefs religieux et les autres personnes qui étudient la condition humaine. Eux aussi deviendront de nouveaux partenaires dans le système de justice puisqu'ils nous aideront à trouver de nouvelles façons de penser et de se sentir en tant qu'êtres à part entière, et non seulement comme des individus isolés et rationnels qui recherchent leur intérêt personnel. Nous aurons besoin de leurs conseils pour cultiver une attention passionnée pour le bien-être d'autrui et un altruisme marqué par la compassion à l'égard des résultats des choix sociaux que nous faisons. Aller de l'avant signifie faire de la passion pour la justice la caractéristique distinctive des Canadiens!

Quel accès?

S'il est devenu essentiel pour nous de redéfinir la justice à ce moment-ci, c'est à tout le moins un moment propice pour explorer la possibilité d'utiliser de nouveaux mécanismes de prestation de la justice. Permettant une communicabilité sans précédent, l'Internet offre des façons tout à fait nouvelles de rendre la justice et, inversement, d'accéder à la justice, dans le but évidemment de la concrétiser. Nous disposons de nouveaux moyens efficaces de réduire les coûts administratifs, de gérer la connaissance sociale et de rendre la justice.

Le mot « prestation » ne convient pas au processus consistant à redéfinir la justice que je propose. La prestation suppose un transfert à sens unique de biens – la justice dans le cas qui nous intéresse. Une personne ou une institution est chargée de fabriquer les biens et ces biens sont ensuite fournis à une autre personne qui en a besoin. Cela évoque un processus de consommation – une personne a besoin de la justice et va quelque part pour l'obtenir, à un prix donné. Nous en sommes réduits au rôle de consommateur, comme je l'ai indiqué précédemment, ce qui est tout à fait à l'opposé du type de justice participative dont je parle.

Si nous voulons réellement redéfinir la justice, nous devons être ouverts aux autres façons de concevoir les sources de la justice. Si, par exemple, nous considérons que nous avons tous notre mot à dire et que la justice n'est pas l'exclusivité d'une caste sacrée, la justice est alors concrétisée plutôt que rendue. Nous réalisons la justice dans nos interactions quotidiennes. La justice est aussi accessible que notre voisin le plus proche, notre professeur, nos collègues – notre patron! La justice n'est rendue que lorsqu'elle est manifeste et partagée.

Pour « accéder » à cette justice partagée, nous avons besoin de mécanismes qui concrétisent le penchant vers la justice qui est inhérent à notre condition d'être humain. Nous devons nous permettre d'être justes et d'insister pour que les autres le soient à notre égard. Il faudra, à cette fin, que nous soyons plus conscients et que nous nous chargions de raffiner notre sens de la justice, en tant qu'individu et en tant que collectivité – comme Socrate l'a dit, faire de la bonté le principe directeur de notre vie quotidienne. Vivre la justice exige que, en tant que citoyens, nous nous engagions à la concrétiser – à ne pas déléguer cette responsabilité à une personne ou à une autre institution qui s'en occupera en notre nom. Cela signifie également que nous recherchions la justice partout où il y a une injustice – dans nos maisons, nos écoles, nos églises, nos rues, nos hôpitaux, nos lieux de travail… et nos tribunaux.

Nous aurons besoin de certains mécanismes pour y arriver, notamment de moyens de nous engager les uns avec les autres, d'avoir accès à la sagesse du passé, de bien comprendre nos problèmes et de tirer des leçons de nos bons coups et de nos erreurs. Nos nouveaux modèles de prestation comporteront des centres de justice réels et virtuels, temporaires et institutionnalisés. Il pourrait s'agir de petits groupes temporaires formés de membres de la collectivité, comme dans le cas des conseils de famille, ou de groupes d'étude plus souples organisés sur Internet. Il pourrait s'agir également de centres permanents de recherche, d'étude ou de formation, ou de ressources sur support électronique. Pensons à l'apprentissage de la justice ailleurs que dans les facultés de droit. Pensons au recours à des professionnels de la justice plutôt qu'à des professionnels juridiques. Imaginons la création d'une nouvelle « common law » à mesure que les collectivités se chargent à nouveau de gérer leurs conflits et que leurs pratiques sont examinées dans le cadre d'une réflexion et d'un débat publics. Imaginons des sites web permettant d'accéder facilement à toute cette connaissance et à toute cette sagesse.

De nouvelles conceptions de la justice ne sont possibles que si nous sommes disposés à abandonner ce que nous connaissons bien pour un moment et à adopter des solutions de rechange, même si celles-ci peuvent sembler irréalistes à première vue. De ces solutions de rechange peut jaillir une idée qui méritera d'être exploitée. Au cours des dernières décennies, nous avons expérimenté différentes solutions de rechange à notre système juridique traditionnel : règlement extrajudiciaire des différends, observation volontaire, déjudiciarisation, procédés innovateurs de détermination de la peine. Dans une large mesure, ces solutions ont été couronnées de succès. Elles nous donnent le courage de résister encore davantage à la force centrifuge du système juridique. Le postmodernisme nous permet d'ajouter les expériences plus vastes de la population à notre compréhension de la loi et d'ouvrir l'entreprise de la justice à différentes formes de participation du public et à une participation accrue de celui-ci. Nous pouvons et devrions nous rendre compte que les différences qui menacent de nous diviser constituent en fait une riche source d'expériences qui peuvent nous aider à renforcer notre engagement envers la justice. Nous pouvons et devrions tirer parti du mouvement d'insatisfaction du public et le transformer en engagement pour faire de la justice une réalité.

Si nous voulons que ce renouvellement soit réussi, nous ne pouvons pas simplement souhaiter qu'il se réalise ni confier cette tâche à la population sans lui apporter de soutien. Les gouvernements ont clairement tendance à notre époque à transférer bon nombre des responsabilités pour lesquelles nous en sommes venus à se fier à eux. Le fait qu'ils se déchargent de la justice et qu'ils l'externalisent ne produira pas les résultats que nous souhaitons. Les gouvernements devront allouer des ressources sous différentes formes. À cette fin, nous pourrions devoir utiliser des ressources qui servent actuellement aux systèmes et aux services juridiques traditionnels. C'est à notre capacité de le faire qu'on mesurera la force de notre engagement envers la justice. C'est à ce moment-là que la nouvelle conception de la justice que nous souhaitons pourrait être ébranlée et que nous devrons être prêts à lutter pour la défendre.

Conclusion

Notre système juridique fait l'objet d'attaques de toutes parts. Les efforts ponctuels faits pour répondre aux critiques n'ont pas permis de régler tous les problèmes. Si nous voulons relever le défi de notre époque, nous devons considérer de nouvelles formes d'accès à de

nouveaux types de justice, ce qui suppose trouver un nouveau partenaire majeur, ou un ancien partenaire – le public – et exercer les rôles les plus anciens des citoyens : décider dans quel genre de société nous voulons vivre et quelle forme de justice nous voulons. C'est seulement au moment d'entreprendre cet exercice que nous saurons de quels nouveaux mécanismes de prestation nous aurons besoin. Une foule de mécanismes semblables sont à notre disposition. Certains peuvent ne pas sembler nouveaux, par exemple les institutions publiques qui existent depuis des décennies si ce n'est des siècles. D'autres peuvent utiliser les plus récentes technologies.

Si nous nous lançons dans cette aventure, où nous arrêterons-nous? Où commencerons-nous? Avec qui choisirons-nous de nous engager? Quels genres de questions nous poserons-nous lorsque nous commencerons à examiner les problèmes? Quels genres de processus nous aideront dans notre entreprise? Quelle sorte de justice serons-nous prêts à inventer?

Si nous prenons ce projet à cœur, y aura-t-il encore de la place dans l'avenir pour le droit tel que nous le connaissons? En donnant une nouvelle signification à la justice, donnerons-nous une nouvelle vie au droit? Le triomphe de la primauté du droit est-il derrière nous et la recherche de la justice, devant nous? Ou créerons-nous de nouvelles formes de justice dans le contexte de la primauté du droit? Lorsque nous regardons au loin, que voyons-nous?

DIVERSITÉ ET L'ACCÈS À LA JUSTICE

par le professeur Brian Etherington

de la Faculté de droit de l'Université de Windsor

INTRODUCTION

On m'a demandé de partager avec vous mon opinion au sujet de notre capacité de répondre aux besoins en matière d'accès à la justice des membres des différents groupes qui composent la société canadienne en m'inspirant de mes connaissances et de mes expériences. Dans ce bref document, j'essaierai de décrire la manière dont je perçois les faits nouveaux survenus récemment au regard de la reconnaissance des intérêts de ces divers groupes, du sens des notions de justice et d'égalité pour les membres de ces groupes au sein de notre système de justice civile[21] et des problèmes plus graves qui les empêchent d'avoir accès à la justice aujourd'hui. Ma thèse est très simple. Des progrès majeurs ont été réalisés sur le plan du fond, à la fois en ce qui concerne la reconnaissance des intérêts des divers groupes et du sens de la notion de justice et d'égalité pour leurs membres. Il en a cependant été autrement en ce qui concerne les mécanismes de prestation et les procédures nécessaires pour assurer l'accès à la justice. En fait, en conformité avec la tendance des gouvernements canadiens au cours des années 1990 de réduire la taille de la fonction publique et de privatiser la prestation des services gouvernementaux afin de réduire les impôts, on a « évidé » les mécanismes gouvernementaux et tenté avec force, dans de nombreux ressorts au Canada, de privatiser le règlement des questions liées à la diversité visées par les lois sur les droits de la personne.

Le retrait du gouvernement des mécanismes de règlement des différends relatifs à la diversité ne favorise pas la reconnaissance et la protection des intérêts des différents groupes qui composent la société canadienne. Ces groupes sont généralement des groupes minoritaires, à la fois en termes de nombre et de ressources. Le déséquilibre des pouvoirs entre les groupes minoritaires raciaux et religieux dans une économie de marché et l'incapacité de nos tribunaux à adapter la « common law » de façon qu'elle protège les intérêts des minorités contre l'inégalité de traitement a mené à la création des lois relatives aux droits de la personne dans les années 1950 et 1960. Ces lois visaient à confier aux gouvernements un rôle de premier plan dans la protection des membres des groupes minoritaires contre la discrimination dans le domaine commercial. Le rôle du gouvernement consistait essentiellement à surmonter le déséquilibre des pouvoirs dans le secteur privé. Le récent retour à un rôle réduit des gouvernements dans la protection des intérêts des différents groupes a élargi le fossé entre la promesse d'assurer l'accès à la justice aux membres de ces groupes et la réalité.

[21] À cause du manque de temps, il a été impossible d'aborder la multitude de questions importantes concernant l'accès à la justice pénale des membres des différents groupes composant la société canadienne. Pour en savoir plus sur cette question, veuillez consulter le rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario (1995, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario); Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996, Groupe Communication Canada, Ottawa); Etherington, *Rapport sur les questions relatives au multiculturalisme et à la justice : projet de réforme* (1994), préparé pour le ministère de la Justice du Canada.

La promesse : les changements récents concernant la reconnaissance de la diversité et le sens des notions d'égalité et de justice

Reconnaissance accrue de la diversité

On a assisté, au cours des 20 ou 25 dernières années, à une évolution extraordinaire de la reconnaissance des intérêts des différents groupes qui doivent être protégés contre la discrimination par notre système de justice. Cette évolution est due à l'interaction de quatre agents de changement : les modifications législatives, l'interprétation judiciaire, la *Charte canadienne des droits et libertés* et les groupes eux-mêmes. Elle a touché à la fois la reconnaissance de motifs de discrimination prohibés et les définitions de discrimination et d'égalité.

Les motifs de discrimination prohibés correspondent aux attributs de la diversité qui ne devraient pas, conformément à ce que nous avons décidé, constituer le fondement d'une différence de traitement qui impose un fardeau à une personne ou la prive d'avantages. En reconnaissant comme motif de discrimination prohibé une caractéristique personnelle particulière dans les lois sur les droits de la personne ou dans la Charte, nous reconnaissons qu'il serait contraire à nos valeurs fondamentales sur lesquelles repose le droit de tous les membres de la société canadienne à l'égalité et à la dignité humaine de permettre qu'un désavantage soit imposé pour ce motif.

Depuis l'adoption des premières lois sur les droits de la personne au Canada dans les années 1940 et 1950 nous avons assisté à un élargissement importa t des motifs de discrimination. La race, la couleur et la religion constituaient des motifs de discrimination prohibés dans la plupart des premières lois. L'âge, l'origine ethnique ou le lieu d'origine ont été ajoutés à cette liste dans les années 1960. Ont suivi le sexe à la fin des années 1960 et au début des années 1970, l'état civil (ou matrimonial) dans les années 1970 et la situation de famille à la fin des années 1970 et au début des années 1980. La déficience et le handicap n'ont été reconnus à plusieurs endroits comme des motifs de discrimination prohibés qu'au début des années 1980[22]. Pour sa part, le Québec a ajouté la condition sociale à sa liste de motifs de discrimination prohibés. Par ailleurs, plusieurs ressorts considèrent maintenant le fait de recevoir de l'aide sociale comme un motif de distinction illicite à certaines fins, par exemple en matière de logement. L'orientation sexuelle n'est devenue un motif de discrimination prohibé que lorsque l'Ontario l'a ajoutée à sa loi en 1986. Plusieurs autres ressorts l'ont imité à la fin des années 1980 et au début des années 1990. La loi fédérale sur les droits de la personne a ainsi été modifiée en 1996 afin que l'orientation sexuelle y figure, après des tentatives infructueuses qui se sont échelonnées sur de nombreuses années.

Finalement, en 1998, dans l'affaire *Vriend c. Alberta*[23], une décision fondée sur l'article 15 de la Charte, l'orientation sexuelle a été ajoutée à la loi sur les droits de la personne de l'Alberta ainsi qu'aux lois sur les droits de la personne des autres ressorts qui ne la prévoyaient pas. Dans l'arrêt *Vriend*, comme dans l'arrêt *Egan c.*

[22]Il y aurait peut-être lieu de mentionner que le handicap ou la déficience ont été les motifs de discrimination à l'égard desquels le nombre de plaintes déposées auprès des commissions des droits de la personne au Canada a augmenté le plus rapidement. Ainsi, en 1999, 34 p. 100 des nouvelles plaintes reçues par la Commission canadienne des droits de la personne étaient fondées sur la déficience. Venaient ensuite le sexe (18 p. 100), la race ou la couleur (15 p. 100) et l'origine nationale ou ethnique (14 p. 100). Commission canadienne des droits de la personne, *Rapport annuel de 1999* (2000).

[23][1998] 1 R.C.S. 493.

Canada[24] rendu auparavant, la Cour suprême du Canada a statué que l'orientation sexuelle est un attribut de la diversité qui devrait être reconnu comme un motif de discrimination analogue à ceux énumérés à l'article 15[25]. La Cour a donné une définition de « motif analogue » qui influencera probablement l'évolution de l'interprétation des motifs prohibés par la Charte et par les lois anti-discriminatoires. La Cour a insisté sur la notion de « caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable » et sur l'importance de déterminer si des personnes qui ont en commun un attribut de la diversité forment « une minorité identifiable, victime encore aujourd'hui de désavantages sociaux, politiques et économiques graves »[26].

Évolution des conceptions d'égalité et de discrimination

Cependant, l'évolution judiciaire et législative de nos conceptions d'égalité et de discrimination au début des années 1980 a joué un rôle encore plus important en ce qui concerne l'évolution de la reconnaissance juridique des intérêts des différents groupes de la société canadienne. La notion traditionnelle d'égalité – une égalité purement formelle signifiant un traitement identique pour tous sans égard aux caractéristiques personnelles – a été abandonnée en faveur d'une nouvelle conception d'égalité matérielle des chances permettant à chacun de démontrer ses capacités sans être entravé par des obstacles qui sont fondés sur des attributs de la diversité ou qui ont une incidence défavorable inutile sur les membres des groupes désignés par un motif de discrimination prohibé. Dans le cadre de cette nouvelle conception de l'égalité, on a reconnu que l'accès à la justice sous la forme d'un traitement égal pouvait souvent exiger la reconnaissance d'attributs de la diversité et la prise en considération de différences afin d'assurer la pleine participation des membres des groupes minoritaires sans que celle-ci soit entravée par des obstacles inutiles[27].

Cette nouvelle conception de l'égalité exigeait une nouvelle définition de la discrimination, ce à quoi se sont attaquées la Cour suprême du Canada et plusieurs de nos assemblées législatives. Ainsi, en 1985, dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*[28], la Cour suprême du Canada a reconnu pour la première fois que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable était visée par les lois sur les droits de la personne. Une telle discrimination survient lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires, une règle ou une norme qui semble neutre à première vue et qui s'applique uniformément à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un employé

[24] [1995] 2 R.C.S. 513.

[25] De plus, dans l'affaire *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, la Cour suprême du Canada a confirmé que le traitement différent réservé aux partenaires de même sexe dans les lois accordant des avantages ou une protection constituerait de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et devrait se justifier comme une limite raisonnable pour pouvoir résister à une contestation fondée sur la Charte. Cette décision a incité la plupart des ressorts au Canada à entreprendre des initiatives législatives majeures dans le but de donner aux partenaires de même sexe les mêmes avantages et les mêmes obligations qu'aux couples hétérosexuels.

[26] *Ibid.*, par. 5 et 175.

[27] Pour une analyse poussée de cette conception de l'égalité matérielle, voir le *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi* (rapport Abella) (Ottawa, 1984), aux p. 2 et 3. Ce rapport est souvent considéré comme le fondement de la première loi fédérale sur l'équité en matière d'emploi, adoptée en 1986.

[28] [1985] 2 R.C.S. 536.

ou un groupe d'employés parce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique particulière de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des pénalités ou des conditions restrictives qu'elle n'impose pas aux autres employés. Ainsi, bien que la discrimination intentionnelle ait continué d'être interdite, la Cour a commencé, au milieu des années 1980, à laisser tomber l'idée de faute ou d'intention pour adopter plutôt une approche fondée sur les résultats ou les effets aux fins de l'application et de l'exécution des lois relatives aux droits de la personne. La Cour a adopté une approche semblable dans son arrêt clé *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (« *Action Travail des femmes* »)[29].

Dans cette décision, la Cour a défini la discrimination systémique comme la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été conçue pour promouvoir la discrimination mais qui, prises cumulativement, sont renforcées par l'exclusion même des membres des groupes désavantagés qui en découle du fait que l'exclusion favorise la conviction que les membres du groupe ne sont pas capables d'effectuer le travail. En outre, la Cour a confirmé la possibilité d'ordonner la prise de mesures concernant l'équité en matière d'emploi dans le but d'obtenir des résultats dans le domaine du recrutement qui briseraient le cycle de la discrimination systémique. Dans les années 1980, certains ressorts ont également modifié leur loi sur les droits de la personne afin d'y incorporer les notions d'effets préjudiciables et de discrimination systémique[30].

Un autre élargissement important de la protection juridique des intérêts des différents groupes dans le milieu du travail est survenu dans les années 1980, lorsque les tribunaux et les législateurs ont reconnu que le harcèlement fondé sur l'un des motifs de discrimination prohibés constituait de la discrimination au sens des lois relatives aux droits de la personne. De nombreux ressorts, notamment l'Ontario, ont modifié leur loi sur les droits de la personne en ce sens. Pour les autres, la Cour suprême du Canada a réglé la question en faveur de la protection contre le harcèlement en 1989 dans l'affaire *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*[31]. En outre, le changement d'orientation de la Cour d'une approche fondée sur la faute ou l'intention d'un employeur à une approche fondée sur les effets sur les employés ressort de nombreux arrêts sur les droits de la personne qu'elle a rendus au cours des 15 dernières années, notamment d'arrêts sur la responsabilité de l'employeur à l'égard du harcèlement d'un employé par des collègues[32] et sur le lien existant entre une exigence professionnelle justifiée et l'obligation d'accommodement[33]. L'arrêt récent *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Comm.) c. BCGSEU* aura pour effet d'augmenter considérablement la possibilité, pour un employé, de contester les règles ou les pratiques de son employeur qui ont un effet préjudiciable au motif qu'il ne s'agit pas d'exigences professionnelles justifiées parce que l'employeur n'a pas pris de mesures suffisantes pour tenir compte des intérêts de l'employé dans l'interprétation initiale de la règle ou de la pratique en cause.

Tous ces faits ont pour thème commun une plus grande reconnaissance des attributs de la diversité et de l'importance de tenir compte des

[29] [1987] 40 D.L.R. (4th) 193 (C.S.C.)

[30] Voir, par exemple, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 10.

[31] [1989] 1 R.C.S. 1252.

[32] *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, et *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252.

[33] *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Comm.) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

intérêts des différents groupes si nous voulons promouvoir davantage les valeurs de l'égalité matérielle et du respect de la dignité humaine qui sont au cœur de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des lois sur les droits de la personne en vigueur au Canada. Mais, en même temps, ces faits augmentent de façon significative la possibilité que des membres de groupes particuliers intentent individuellement des poursuites parce que des pratiques de leur employeur ou des actes commis par leur syndicat ou par des collègues portent atteinte à leur droit à l'égalité matérielle. Dans quelle mesure avons-nous été capables d'élargir de la même façon les procédures et les mécanismes de protection des intérêts des différents groupes ou d'adapter ces procédures et ces mécanismes à ces intérêts afin que l'expansion des droits fondamentaux et des responsabilités devienne plus qu'une vaine promesse?

LA RÉALITÉ : LES PROBLÈMES RELATIFS À L'ACCÈS À LA JUSTICE DES MEMBRES DES DIFFÉRENTS GROUPES

On peut répondre brièvement à la question posée ci-dessus en disant que nous n'avons pas vraiment réussi à élaborer des mécanismes de prestation qui permettent de concrétiser la promesse d'élargir considérablement le droit à l'égalité. Pourquoi? Laissez-moi tenter de vous l'expliquer.

En premier lieu, les mécanismes créés par les gouvernements dans le but de mettre en œuvre des mesures proactives dans le domaine de l'équité en matière d'emploi n'ont pas été fructueux jusqu'à maintenant. En dépit de la bonne volonté des décideurs en matière de droits de la personne d'ordonner une mesure de redressement, notamment la création d'un plan d'équité en matière d'emploi, dans le but de corriger la discrimination systémique dans quelques rares cas[34], bon nombre de personnes croient que le meilleur moyen d'assurer l'égalité matérielle en milieu de travail est d'adopter des mécanismes gouvernementaux qui obligent les employeurs et les syndicats à identifier et à abolir de façon proactive les obstacles à l'égalité des chances en milieu de travail. C'est ce qui a mené à l'adoption de dispositions législatives sur l'équité en matière d'emploi par le législateur fédéral en 1985[35] et en 1996[36], et par l'Ontario entre 1993 et 1995[37].

La première loi fédérale sur l'équité en matière d'emploi a été perçue en général comme un simple mécanisme de rapport déficient permettant de suivre l'évolution (ou l'absence d'évolution) de la situation des membres des quatre groupes désignés (les femmes, les Autochtones, les personnes qui font partie des minorités visibles et les personnes handicapées) dans une petite partie de la main-d'œuvre fédérale. Par contre, la *Loi sur l'équité en matière d'emploi* adoptée par le gouvernement fédéral en 1996 et la loi adoptée par l'Ontario ont généralement été considérées comme des tentatives sérieuses de réaliser l'égalité matérielle de façon proactive à l'échelle du système. Les deux régimes ont certains points en commun : l'objectif de faire disparaître la discrimination systémique des lieux de travail de la fonction

[34] *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (« *Action Travail des femmes* »), [1987] 1 R.C.S. 1114, et *National Capital Alliance on Race Relations c. Canada (Health & Welfare)* (1997), 28 C.H.R.R. D/179.

[35] *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.R.C. (1985), ch. 23 (2e suppl.).

[36] *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44.

[37] *Loi de 1993 sur l'équité en matière d'emploi*, L.O. 1993, ch. 35, abrogée par la *Loi de 1995 abrogeant le contingentement en matière d'emploi*, L.O. 1995, ch. 4.

publique et du secteur privé dans la mesure où elle touche quatre groupes (les Autochtones, les personnes qui font partie des minorités visibles, les personnes handicapées et les femmes); l'obligation faite aux employeurs d'effectuer des enquêtes auprès de leurs employés afin de connaître le niveau de représentation des membres des groupes désignés au sein de toutes les catégories professionnelles et de déterminer les obstacles à l'égalité des chances auxquels sont confrontées ces personnes; l'obligation faite aux employeurs de préparer un plan d'équité en matière d'emploi qui établit des objectifs à court et à long terme afin que le nombre de membres des groupes désignés dans leur effectif reflète leur représentation au sein de la population apte au travail et au sein de leur collectivité, et qui décrit les mesures et les politiques positives qui seront mises en œuvre pour atteindre ces objectifs; des dispositions relatives à l'application et à l'exécution de la loi par un organisme gouvernemental qui dispose du pouvoir d'effectuer des contrôles d'application et d'ordonner l'observation de la loi; l'accès à un tribunal pour contester ou exécuter une ordonnance d'observation[38].

Bien qu'il soit trop tôt pour dire si la nouvelle loi fédérale s'avérera plus efficace que celle adoptée en 1985, ces initiatives n'ont manifestement eu qu'une incidence très limitée sur la protection de l'égalité matérielle jusqu'à maintenant. Par suite de l'abrogation rapide de la loi de l'Ontario, les régimes proactifs en place dans le domaine de l'équité en matière d'emploi ne s'appliquent aujourd'hui qu'à moins d'un million de travailleurs du secteur fédéral (soit moins de 8 p. 100 de la population). Les restrictions prévues par la Loi sont également la source de préoccupations. La Loi renferme des dispositions qui, de façon générale, devraient empêcher que les régimes fondés sur l'ancienneté des conventions collectives soient considérés par les tribunaux comme des obstacles à l'égalité des chances. Elle interdit également les ordonnances qui auraient pour effet d'imposer un quota obligeant un employeur à embaucher ou à promouvoir un nombre déterminé de personnes pour une période donnée. Des objectifs quantitatifs plus souples peuvent être fixés[39].

Finalement, il s'agit d'un modèle de protection et de promotion des intérêts en milieu de travail qui exige des ressources considérables. Certaines personnes s'inquiètent du fait que, comme les gouvernements cherchent à réduire le financement de leurs programmes, les initiatives relatives à l'équité en matière d'emploi ne seront pas suffisamment financées et le seront de toutes façons au détriment d'autres programmes et mécanismes de lutte contre la discrimination[40].

L'incapacité des gouvernements et de leurs organismes à mettre en œuvre des initiatives proactives ou réparatrices plus vastes dans le domaine de l'équité en matière d'emploi nous ramène à nous demander dans quelle mesure nous réussissons à répondre aux besoins des différents groupes qui composent la société canadienne en utilisant les mécanismes tradi-

[38]Il convient de noter que, alors que la loi adoptée en Ontario a créé une Commission de l'équité en matière d'emploi et un Tribunal de l'équité en matière d'emploi, la loi fédérale la plus récente confie l'ensemble des responsabilités concernant son application et son exécution à la Commission canadienne des droits de la personne, qui est déjà surchargée de travail. Elle prévoit toutefois, à l'art. 27, que les ordonnances de la Commission peuvent faire l'objet d'un examen par un tribunal de l'équité en matière d'emploi.

[39]*Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44, art. 33.

[40]Voir, par exemple, Mullan, « Tribunals and Courts – The Contemporary Terrain: Lessons from Human Rights Regimes » (1999), 24 *Queen's L.J.* 643, à la p. 646, et Baines, *Occupational Sex Segregation and Employment Equity: Lessons for China* (2000), texte inédit préparé pour le Canada-China Women's Law Project.

tionnels axés sur les plaintes. Quiconque connaît bien le domaine sait que l'incapacité des commissions des droits de la personne à traiter efficacement et rapidement les plaintes est l'objet de beaucoup de critiques depuis de nombreuses années. En fait, depuis la fin des années 1980, des spécialistes du domaine et des juristes ont fait des commentaires sur le grand nombre de cas en attente et sur le délai de trois à sept ans qui s'écoule entre la présentation d'une plainte et la décision du tribunal[41]. Les vérificateurs généraux ont parfois critiqué la situation, en particulier à l'échelon fédéral; selon eux, les commissions des droits de la personne essaient d'en faire trop et prennent trop de temps à le faire à cause de leur mauvaise gestion. Au cours des ans, des porte-parole des commissions des droits de la personne ont indiqué que les faits nouveaux dont il a été question précédemment ont eu pour effet d'étendre leur compétence et d'alourdir leur charge de travail et ont fait valoir que les gouvernements ne leur avaient pas alloué des ressources suffisantes pour gérer efficacement cette charge de travail[42]. Les plaidoyers en faveur d'augmentations réelles des sommes allouées aux commissions des droits de la personne ou de réformes qui permettraient aux plaignants d'exercer un meilleur contrôle sur le traitement de leurs plaintes n'ont toutefois pas, pour la plupart, été entendus[43].

À cause de ces problèmes, plusieurs cas relatifs aux droits de la personne en milieu de travail ont été soumis à d'autres instances décisionnelles au cours des cinq ou dix dernières années. Ainsi, des employés ont volontairement cherché à soumettre leurs cas aux tribunaux judiciaires ou à d'autres instances comme les arbitres chargés des griefs ou la Commission des relations de travail de l'Ontario pour éviter les délais afférents à la procédure des commissions des droits de la personne. Dans les premiers cas d'employés non syndiqués qui tentaient de soumettre leurs plaintes aux tribunaux judiciaires, l'obstacle empêchant la reconnaissance d'un délit civil de discrimination invoqué dans l'affaire *Board of Governors of Seneca College c. Bhadauria*[44] a été utilisé pour empêcher toute poursuite judiciaire. Cependant, au milieu des années 1990, les tribunaux ont commencé à autoriser les actions fondées sur une conduite visée par la législation relative aux droits de la personne dans la mesure où ces actions reposaient sur les causes d'action traditionnelles déjà reconnues par la common law et n'avaient pas pour but d'obtenir des dommages-intérêts pour une violation du code des droits de la personne[45].

En règle générale, la « common law » a empêché les employés syndiqués régis par une convention collective d'intenter des poursuites judiciaires,

[41]Les personnes qui ne connaissent pas bien l'étendue de ces problèmes et les difficultés qui en découlent au regard de l'accès à la justice des membres des groupes protégés par la législation sur les droits de la personne peuvent consulter le document suivant : Ontario, *Groupe d'étude sur le Code des droits de la personne de l'Ontario : Pour réaliser l'égalité : rapport sur la réforme des droits de la personne* (Toronto, Imprimeur de la Reine, 1992) (rapport Cornish).

[42]Voir, par exemple, l'analyse faite dans Mullan, « Tribunals and Courts – The Contemporary Terrain: Lessons from Human Rights Regimes » (1999), 24 *Queen's L.J.* 643, à la p. 646.

[43]Voir, par exemple, l'appel lancé par Mary Cornish pour l'établissement d'un processus davantage axé sur le « client » en Ontario, *Ontario Human Rights Code Review Task Force: Achieving Equality: A Report on Human Rights Reform* (Toronto, Queen's Printer, 1992) (le rapport Cornish), à la p. 108.

[44][1981] 2 R.C.S. 181 (*Bhadauria*)

[45]Voir l'analyse contenue dans Mactavish & Lenz, « Civil Actions for Conduct Addressed by Human Rights Legislation – Some Recent Substantive and Procedural Developments » (1996), 4 *C.L.E.L.J.* 375. Dans certains cas, les tribunaux ont de fait indiqué qu'il convenait de laisser l'action suivre son cours vu l'inefficacité du processus relatif aux droits de la personne.

mais bon nombre de ces employés ont commencé à chercher le soutien de leur syndicat pour appuyer leurs demandes dans le cadre du processus de règlement des griefs par voie d'arbitrage[46]. Les arbitres en sont graduellement arrivés à accepter d'entendre des griefs concernant des violations du code des droits de la personne s'il existait un lien suffisant entre le grief et les dispositions de la convention collective pour leur donner compétence. En 1993, cette méthode d'acquisition d'une compétence arbitrale à l'égard de questions relatives aux droits de la personne a été reconnue dans la *Loi sur les relations de travail*[47]. Plusieurs autres ressorts du Canada ont également donné aux arbitres chargés du règlement des griefs le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les dispositions législatives relatives aux droits de la personne. Par ailleurs, des employés ont tenté d'échapper à l'impasse des commissions des droits de la personne en demandant à la Commission des relations de travail de l'Ontario d'exercer sa compétence dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail et de déclarer que l'acte discriminatoire commis par l'employeur, par exemple du harcèlement racial ou sexuel, avait rendu non sécuritaires les lieux de travail en raison de la tension mentale subie par l'employé. Dans certains cas, un employé pourrait intenter simultanément un recours auprès de différentes instances pour voir laquelle traitera sa demande le plus rapidement[48].

Le resserrement des budgets des gouvernements et les pressions exercées pour que les services gouvernementaux soient fournis de manière plus efficace ont amené un troisième phénomène nouveau important : les commissions des droits de la personne de plusieurs ressorts, en particulier de l'Ontario, ont adopté une politique en vertu de laquelle elles refusent presque toujours d'entendre les plaintes relatives aux droits de la personne présentées par des employés syndiqués qui sont régis par une convention collective. Pour mettre fin aux critiques d'inefficacité, la Commission ontarienne a adopté, en 1993, une politique stricte et rigoureuse prévoyant le renvoi à l'arbitrage des plaintes déposées par des employés visés par une convention collective[49]. Dans ses lignes directrices, la Commission[50] souligne l'importance, sur le plan de l'intérêt public, de maintenir des relations de travail stables et harmonieuses et de faire en sorte que le processus relatif aux droits de la personne ne remplace pas le processus de négociation collective. Les lignes directrices laissent entendre que la Commission devrait examiner chaque cas en tenant compte de ses faits particuliers et notamment de la possibilité que des plaintes soient déposées également contre le syndicat. Pourtant, des statistiques et des renseignements non scientifiques publiés récemment semblent indiquer que le refus d'examiner les plaintes présentées par des employés syndiqués est devenu la procédure normale. Le nombre de plaintes

[46]Voir *Weber c. Ontario Hydro, infra.*

[47]Voir *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, al. 48(12)j).

[48]Voir, par exemple, l'historique des faits analysé dans *3M Canada Inc. c. C.A.W., Local 27 (Chapman)* (1997), 64 L.A.C. (4th) 213 (Knopf).

[49]La Commission prétend avoir le pouvoir d'adopter cette politique en vertu du pouvoir discrétionnaire, qui lui est conféré à l'art. 34 du *Code des droits de la personne*, de ne pas traiter une plainte si celle-ci pourrait ou devrait plutôt être traitée en vertu d'une autre loi. Il convient de noter que l'art. 34 donne également à la Commission le pouvoir discrétionnaire de refuser de traiter les plaintes futiles, frivoles, vexatoires ou faites de mauvaise foi, les plaintes qui ne sont pas de son ressort et les plaintes présentées tardivement.

[50]Commission ontarienne des droits de la personne, *Guidelines on the Application of Section 34 of the Ontario Human Rights Code*, (1996 – CODP).

que la Commission a refusé d'examiner a triplé depuis l'adoption de la politique en 1993[51].

Selon des avocats représentant des syndicats, la Commission refuse d'entendre les plaintes lorsqu'elle apprend que le plaignant est régi par une convention collective, même dans la plupart des cas où le syndicat n'appuiera peut-être pas le recours à l'arbitrage pour régler le grief et où il est possible que le syndicat soit poursuivi à l'instar de l'employeur[52]. Pour justifier sa décision de ne pas entendre les plaintes lorsque le syndicat pourrait ne pas appuyer un grief visant à obtenir une mesure de redressement en cas de discrimination ou pourrait même être responsable en partie de la discrimination, la Commission invoque le plus souvent le fait que l'employé peut se tourner vers la Commission des relations de travail de l'Ontario (CRTO) et faire valoir que le syndicat ne le représente pas de manière équitable. Cependant, les personnes qui connaissent bien la jurisprudence relative aux plaintes concernant le devoir de représentation équitable présentées aux commissions des relations de travail savent bien que les chances de voir ces plaintes être accueillies sont très minces[53].

La Commission ontarienne des droits de la personne a affirmé que la politique qu'elle a adoptée en 1993 s'est avérée très utile : elle lui a notamment permis de régler en une année autant, si ce n'est légèrement plus, de plaintes que celles déposées au cours de l'année. Il y a lieu de mentionner que la Commission a récemment entrepris des projets pilotes sur l'utilisation de services de médiation privés dans le but de l'aider à venir à bout de son arriéré. En 1999, la Commission a indiqué que des mesures de ce type l'ont aidée à résoudre environ 60 p. 100 des nouveaux cas dans un délai de six mois[54]. Mais il y a lieu de se demander quelle incidence ont eu ces gains en efficience sur l'accès à la justice.

D'abord, on peut penser que, si la Commission a refusé d'examiner trois fois plus de plaintes qu'auparavant, il y a des personnes qui n'ont pas eu accès à une instance pour protéger leurs intérêts contre un traitement discriminatoire.

À mon avis cependant, on s'est beaucoup trop peu intéressé aux conséquences, sur le plan de l'accès à la justice des différents groupes, du processus de privatisation et de collectivisation

[51]« Ontario Complaint Guidelines Cause Rejection Rate to Triple » (jan.-fév. 1999), *Lancaster's Human Rights and Charter Law Reporter*, vol. 15, nº ?, à la p. 3.

[52]Conversations avec des avocats représentant des syndicats à Toronto. Certains avocats ont laissé entendre qu'il arrive fréquemment maintenant que des employés déposent une plainte à la fois contre le syndicat et contre leur employeur dans l'espoir que cela forcera la Commission à l'examiner. D'aucuns soupçonnent que c'est parce qu'elle est au courant de cette pratique que la Commission a refusé d'examiner des plaintes même si elle savait que le syndicat pouvait également être visé par celles-ci.

[53]Les taux moyens de succès en C.-B. et en Ontario au cours des dernières années ont chuté de 1 à 5 p. 100. Le recours à la CRTO pour régler des questions de discrimination et de diversité dans le cadre de sa compétence relative au devoir de représentation équitable ou à la santé et à la sécurité du travail a créé un autre problème. Certains avocats du domaine du travail sont d'avis que la CRTO est préoccupée par le fait que, par suite de la réduction de ses ressources, elle ne peut pas se charger du mandat de la CODP en matière de discrimination dans l'emploi. Elle a elle-même statué dans plusieurs cas récents que, même si elle pouvait avoir compétence, elle devait renvoyer l'affaire à la CODP dont l'expertise est plus grande dans le domaine de la discrimination. Voir, par exemple, *Meridien Magnesium Products Ltd.*, [1996] O.L.R.B. Rep. 964 (MacDowell), dans le contexte de la santé au travail. Pour un exemple des types de problèmes auxquels peut être confronté un employé qui veut déposer une plainte pour discrimination au travail, voir *3M Canada Inc. c. C.A.W., Local 27 (Chapman)* (1997), 64 L.A.C. (4th) 213 (Knopf).

[54]*Supra*, note 31, à la p. 3, citant le rapport annuel de la Commission de 1998. Il y a lieu de mentionner cependant que l'arriéré était encore considérable : il comptait 1 200 cas qui avaient été présentés au moins deux ans auparavant.

des méthodes d'application et d'exécution des droits de la personne garantis par des lois ou par la Charte. Les commissions des droits de la personne ne sont pas les seules à considérer maintenant que la procédure d'arbitrage des griefs est celle qui convient le mieux pour protéger les droits les plus fondamentaux des travailleurs syndiqués. Ainsi, la Cour suprême du Canada a récemment statué dans *Weber c. Ontario Hydro*[55] que les arbitres chargés du règlement des griefs sont les seuls compétents pour examiner les demandes présentées par des travailleurs syndiqués pour assurer le respect des droits garantis par la Charte, dans les cas où le litige résulte expressément ou implicitement de la convention collective. Par des décisions comme l'arrêt *Weber*, les pratiques administratives des commissions des droits de la personne (adoptées en vertu de dispositions conférant un pouvoir discrétionnaire comme l'article 34 de la loi ontarienne) et le recours à des processus privés permis expressément par la loi (comme dans la *Loi sur les normes d'emploi* modifiée en 1996[56]), nous avons commencé à transférer des instances et des tribunaux publics à des organisations privées – les syndicats et les arbitres chargés du règlement des griefs – le pouvoir d'examiner les plaintes relatives aux droits de la personne.

Ce phénomène soulève plusieurs questions. Quelle sont les conséquences sur la protection et l'évolution des droits garantis par la loi du fait de confier l'examen de ces plaintes à des arbitres nommés par le secteur privé dont l'emploi dépend de la satisfaction et de l'acceptation des parties à une convention collective – le syndicat et l'employeur – ET NON de la personne ou du gouvernement qui, on peut le supposer, sont les plus concernés par la protection de ces droits[57]? Quels seront les effets à long terme de l'attribution de responsabilités concernant la protection des droits de la personne garantis par la loi à des instances régies par une convention collective dont les décisions d'accueillir les plaintes et d'ordonner l'observation de la loi seront influencées par les préoccupations collectives du syndicat et de tous ses membres? Les syndicats et la procédure de règlement des griefs par voie d'arbitrage sont des composantes de notre régime de convention collective qui avaient principalement pour but à l'origine de concilier les intérêts collectifs sans nuire à la production. Bien que les syndicats et les arbitres aient, dans une certaine mesure, les compétences leur permettant de statuer sur des questions relatives aux droits de la personne, nous ne devons jamais oublier que ce n'est pas là leur premier mandat ou leur principal intérêt[58]. L'attribution de la compétence en matière de protection des droits de la personne et de la diversité à des institutions collectives semble très discutable sur le plan de l'intérêt public, en particulier en ce qui concerne

[55][1995] 2 R.C.S. 929.

[56]Par suite de ces modifications, la procédure de règlement des griefs par voie d'arbitrage est la seule méthode pouvant être utilisée pour l'examen des plaintes déposées par des employés régis par une convention collective en vertu de la *Loi sur les normes d'emploi* de l'Ontario (L.R.O. 1990, ch. E.14 et ses modifications, art. 64.5).

[57]On peut se poser la même question au regard du nombre élevé de plaintes qui sont renvoyées à des médiateurs du secteur privé dont le principal critère de succès est peut-être le nombre d'affaires qu'ils règlent et non la réalisation de l'égalité matérielle ou le respect des principes et des valeurs qui ressortent des lois sur les droits de la personne.

[58]Nous devons évidemment reconnaître que les intérêts collectifs et les questions de production sont pris en considération par les commissions des droits de la personne et que les dispositions législatives reconnaissent leur importance dans les notions d'exigences professionnelles justifiées et de restriction relative aux difficultés indues afférentes à l'obligation d'accommodement. Mais la question abordée ici est l'incidence du transfert de la responsabilité de définir ces notions à des institutions et organisations qui sont influencées par une convention collective et non par les droits de la personne.

le respect des droits à l'égalité constitutionnels et quasi constitutionnels des minorités[59].

CONCLUSION

Les spectres de la privatisation et de la collectivisation des processus d'application des droits de la personne et des droits garantis par la Charte nous amènent à craindre que l'équilibre fragile existant entre, d'une part, les valeurs que sont l'accès à la justice et l'égalité matérielle et, d'autre part, les valeurs d'efficience et du marché, qui est inhérent à tout régime de protection des droits de la personne, ne soit graduellement perdu en faveur des valeurs du marché. C'est cette tendance des acteurs et des organismes privés à favoriser les valeurs du marché au détriment de l'égalité matérielle et du respect de la dignité humaine qui a amené la population, après la guerre, à demander aux organismes publics de jouer un plus grand rôle afin de protéger les droits fondamentaux de la personne. Nous devons veiller avec vigilance à ce que la montée actuelle des valeurs d'efficience et la réduction croissante du rôle du gouvernement ne nous empêchent pas de donner accès à la justice aux membres des groupes minoritaires en assurant l'égalité matérielle des chances. La promesse d'égalité et de protection des intérêts de ces groupes qui découle des modifications législatives adoptées récemment et des décisions portant sur la teneur des droits garantis par la Charte et par les lois relatives aux droits de la personne n'a jamais été plus grande. Mais, pour bon nombre de membres des groupes minoritaires, la réalisation de cette promesse est menacée par notre incapacité à élaborer des mécanismes de prestation appropriés en matière d'accès à la justice. Par exemple, nous n'avons pas été en mesure de trouver des mécanismes acceptables et efficaces permettant d'imposer des mesures relatives à l'équité en matière d'emploi à l'échelle du système au bénéfice d'une majorité de Canadiens. Nous n'avons pas été en mesure non plus d'allouer des ressources suffisantes pour que les plaintes de discrimination présentées sous les régimes traditionnels des droits de la personne puissent être traitées efficacement. En outre, il y a la tendance vers la privatisation et la collectivisation des processus de règlement des plaintes fondées sur la Charte ou sur les lois relatives aux droits de la personne. Tous ces faits nouveaux, à l'exception peut-être du premier, semblent être motivés principalement, si ce n'est uniquement, par des raisons d'efficience. À une époque où les valeurs du marché et l'efficience sont si importantes que les Canadiens, à tout le moins les gouvernements canadiens, semblent prêts à accepter le sous-financement des programmes de santé et d'éducation en dépit de la réalisation de surplus budgétaires et de fortes réductions d'impôt, il sera très difficile de corriger la situation et de recentrer nos efforts sur l'accès à la

[59]L'idée voulant que les syndicats et les employeurs puissent troquer le règlement de griefs individuels concernant des droits de la personne ou des droits garantis par la Charte contre la protection ou la promotion d'intérêts collectifs et, du même coup, empêcher l'examen de ces griefs est très préoccupante au regard de l'accès à la justice. Quant à la question de l'attribution de la compétence relative aux droits de la personne à des arbitres chargés du règlement de griefs, M^me^ le juge Arbour a fait part de ses inquiétudes à cet égard dans la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Weber* (1992), 98 D.L.R. (4^th^) 32, mais ses motifs ont été ignorés par la Cour suprême du Canada.

Par ailleurs, la plupart des responsables syndicaux n'accueillent pas favorablement ces faits nouveaux. Ils reconnaissent l'inquiétude qu'ils causent au regard de la protection des droits de la personne. Ils sont également profondément inquiets des conséquences du transfert, des gouvernements aux syndicats, des coûts liés à l'application des droits de la personne et des droits garantis par la Charte qui découle de ce transfert de responsabilité.

justice afin que soient protégés les intérêts des différents groupes[60].

La solution ne réside pas dans la reconnaissance d'un droit, constitutionnel ou autre, d'intenter des poursuites devant les tribunaux réguliers pour violation des droits à l'égalité[61], ni dans l'attribution à des syndicats ou à d'autres organismes collectifs du secteur privé des fonctions d'une commission des droits de la personne créée par le gouvernement. Ce qu'il faut, c'est rien de moins qu'un nouvel engagement envers les valeurs d'accès à la justice afin d'assurer la protection des intérêts des groupes minoritaires et une recherche de nouvelles ressources et de mécanismes publics de prestation qui nous permettront de combler le fossé entre la promesse et la réalité. Mais nous devons, dans notre examen de nouveaux mécanismes de prestation, nous préoccuper davantage de leur efficacité en matière de protection des intérêts des différents groupes qui composent la société canadienne que du fait qu'ils permettent de venir à bout des cas accumulés.

[60]Ce commentaire est peut-être injuste à l'égard de la majorité des Canadiens puisque des sondages d'opinion effectués au moment de la présentation du budget fédéral de l'année 2000 indiquaient qu'une grande partie des Canadiens considèrent prioritaire un plus grand financement des soins de santé et de l'éducation, alors qu'ils placent au 6e ou 7erang de leur liste de priorités les réductions d'impôt.

[61]Certains critiques ont proposé de mettre cette solution en oeuvre, à tout le moins jusqu'à ce que les gouvernements reviennent à des niveaux de financement appropriés concernant un régime public de droits de la personne. Voir Mullan, *supra* note 22, à la p. 665. Mais cette solution n'est manifestement pas viable à long terme en raison du coût extrêmement élevé des actions civiles. Il y a lieu de noter que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* fait actuellement l'objet d'un examen par un groupe de travail constitué par le gouvernement.

Rôle des citoyens et des collectivités

Carol McEown

British Columbia Legal Services Society
Mars 2000

J'aimerais vous raconter trois histoires qui, à mon avis, pourraient contribuer à orienter nos discussions d'aujourd'hui.

Au milieu des années 1970, les centres de droit communautaire étaient à la mode. Deux bandes indiennes installées au centre de la province, les Gitxsan et les We'etsu'eten, ont reçu des fonds pour créer la Upper Skeena Counselling and Legal Assistance Society (USCLAS). Un membre du personnel de la première heure, dans une lettre transmise à l'occasion d'un anniversaire, a rappelé qu'elle avait accepté avec réticence de faire partie de cette nouvelle organisation qui s'occupait de questions juridiques – les contacts qu'elle avait eues avec le milieu juridique n'avaient pas été positifs et peu de décisions judiciaires avaient été rendues à l'époque sur la question des droits autochtones.

La USCLAS offrait les services habituels d'un organisme communautaire, des ateliers d'éducation juridique, de l'information, de l'aide ainsi que des services de représentation à l'égard de questions non visées par le tarif à la population autochtone et non autochtone de Hazelton. Mais rapidement, l'organisme s'est aussi occupé de questions liées aux droits des Autochtones, d'abord des droits de chasse et de pêche. La conteuse croit que c'est une affaire de pêche qui a changé la perception et l'attitude de son peuple à l'égard du droit et des tribunaux :

« Cela s'est passé lorsque nos pêcheurs s'en sont pris au système et aux tribunaux pour protéger les droits de pêche des Gitxsan. Vingt-trois accusations avaient été portées contre 17 membres de notre peuple et les filets de certaines familles avaient été saisis. Les accusations se sont promenées dans les tribunaux pendant plus d'un an, jusqu'à ce que nos chefs décident d'intervenir. Les filets saisis illégalement par les agents des Pêches ont été récupérés quand nos chefs ont investi leurs bureaux et ont repris leurs filets! Un juge qui était responsable en grande partie du retard à régler l'affaire a vu celle-ci lui être retirée quand nous avons contesté ses commentaires racistes; finalement, la Cour suprême de la C.-B. a confié l'affaire à un juge qui a entendu toutes les accusations en une seule journée. Les accusations ont été abandonnées! Quelle victoire mémorable! Il s'agissait d'un pas en avant vers la création de précédents aux fins de la recherche concernant les revendications territoriales. »

Voilà un exemple d'une collectivité capable d'utiliser le système de justice pour que celui-ci agisse de la manière dont il est censé le faire. En revendiquant leurs droits avec succès, ces personnes ont appris qu'elles pouvaient se servir de la loi pour promouvoir leurs intérêts.

La collectivité a ensuite eu gain de cause lors des négociations menées avec le gouvernement provincial dans le but de créer des comités responsables du bien-être des enfants qui seraient gérés par les bandes et de nouveaux protocoles visant à protéger les enfants autochtones et à les garder dans leur collectivité. Il s'agit d'un excellent exemple d'action civique et de participation de la collectivité à la réforme ou à la modification d'un système au bénéfice

de la collectivité. Les actions de la collectivité ont eu un impact réel sur la collectivité au sens plus large, sur la façon dont nous considérons les peuples autochtones et leurs demandes de justice.

La deuxième histoire porte sur les efforts faits par des groupes communautaires pour aider les personnes qui comparaissent devant le tribunal de la famille sans être assistées d'un avocat. Au milieu des années 1980, en pleine période de récession en C.-B., la province et les responsables de l'aide juridique de l'époque ont cessé de fournir les services d'un avocat aux personnes qui comparaissaient devant le tribunal de la famille. Le programme d'éducation juridique a rédigé quelques publications autodidactiques simples pour aider les gens qui voulaient soumettre leurs différends à un tribunal.

Des personnes, en majorité des femmes, se sont alors tournées vers des groupes de femmes, des travailleurs auprès des tribunaux et des groupes de défense des personnes pauvres pour obtenir de l'aide. Des groupes de lutte contre la pauvreté ont demandé au Public Interest Advocacy Centre de la C.-B. de former des avocats populaires afin que ceux-ci puissent aider les gens à présenter leurs demandes au tribunal de la famille. Un programme financé en partie par le ministère de la Justice a été mis sur pied pour offrir de la formation sur la défense des droits devant le tribunal de la famille afin que des personnes puissent aider les demandeurs et les défendeurs à remplir les formulaires nécessaires et à préparer leurs arguments. Les groupes communautaires qui parrainaient la formation devaient répondre à trois critères :

1) démontrer qu'il existait un besoin réel pour le service;

2) s'engager à fournir le service, par l'entremise notamment d'avocats bénévoles;

3) accepter de former un comité consultatif avec des représentants du tribunal de la famille et du système de justice qui seraient disposés à offrir leur soutien.

Les programmes de formation ont été très populaires et, pour la plupart des ateliers, le nombre d'inscriptions a dépassé le nombre de places. Les sessions de formation ont fait l'objet d'évaluations très positives et les représentants du comité consultatif ont jugé que les ateliers étaient excellents. Des services de défense devant le tribunal de la famille ont été fournis par des groupes communautaires dans 18 centres. Une évaluation complémentaire effectuée deux ans plus tard a permis de constater que la moitié des projets mis en place pour aider les clients à se représenter eux-mêmes devant le tribunal s'occupaient dorénavant de donner de l'information, de mettre en rapport des personnes avec d'autres services et d'offrir un « soutien émotionnel ».

Deux éléments étaient absolument nécessaires pour que le projet fonctionne. Le groupe communautaire parrainant le programme devait disposer d'un financement stable, de ressources suffisantes pour gérer le programme et d'une certaine crédibilité dans la collectivité. En outre, il devait pouvoir compter sur un représentant du système de justice familiale. Sans la crédibilité du personnel et de la collectivité, il aurait été impossible de maintenir les services. Sans le soutien d'une personne venant du système, il était trop difficile de continuer à fournir le service. Des clients n'étaient pas mis en rapport avec d'autres intervenants, le travail était contesté et aucune mesure de soutien n'existait.

Nous avons maintenant effectué notre énième étude de la justice civile, en particulier des questions relevant du droit de la famille. Encore une fois, comme au début des années 1980, les

gens ont demandé que la loi soit clarifiée, que des solutions de rechange, comme la médiation, soient proposées et que le processus juridique demeure simple. Nous nous retrouvons maintenant avec un système si complexe, si fragmenté qu'il n'a aucune unité. Les programmes obligatoires de formation au rôle de parent, la médiation, les lignes directrices relatives aux pensions alimentaires pour enfants, la gestion des cas, les conférences de cas, les règles complexes ont réduit l'accès des gens au système de justice.

De nouveau, comme au début des années 1980, nous avons réduit les services juridiques financés par les fonds publics dans le domaine du droit de la famille. Cette fois, l'explication ne porte pas seulement sur les coûts. Il n'est pas question d'options, mais de montrer aux gens comment faire ce qu'il faut, être de bons parents, ne pas se disputer au sujet de l'argent, être compréhensifs.

Et encore une fois, des personnes, des groupes communautaires et d'autres organismes nous ont demandé de publier des documents autodidactiques et d'offrir de la formation. La brochure de 12 pages en compte maintenant 60, et le formulaire relatif aux ressources financières est passé de 2 à 10 pages. Les règles étant beaucoup plus complexes, les gens sont obligés de frapper à plusieurs portes et de présenter leur cas à différents forums avant de pouvoir le soumettre à un juge. Comment pourrait-il en être autrement vu la complexité des lignes directrices relatives aux pensions alimentaires pour enfants?

Comment en sommes-nous arrivés là? Est-ce à cause des avocats qui continuent de rendre le système de plus en plus complexe de façon à pouvoir toujours y jouer leur rôle? Des juges qui essaient d'éloigner du tribunal les personnes qui ne sont pas représentées par un avocat ou qui veillent à ce que leur temps soit utilisé judicieusement? Des bureaucrates qui essaient de mettre en œuvre des politiques qui traduisent la pensée d'universitaires? Des hommes et des femmes politiques qui répondent aux propositions de groupes d'intérêt (aussi connus sous le nom de collectivité)?

Ce qui semble manquer, c'est une forme de coopération qui reconnaît que les individus essaient d'obtenir de l'aide pour résoudre un problème qu'ils ont, avec le gouvernement, clairement défini comme ayant une solution juridique.

Les nouvelles initiatives concernant la réforme de la justice pour les jeunes représentent une autre occasion de travailler avec la collectivité et de créer de nouveaux partenariats. J'ai assisté à une réunion sur les nouvelles initiatives en matière de justice pour les jeunes le mois dernier, où nous avons appris que la Colombie-Britannique était très en avance sur les autres provinces en ce qui concerne la mise en place de programmes de justice réparatrice pour les jeunes. Les programmes de justice réparatrice sont des programmes communautaires axés sur la recherche de solutions, qui ont pour but de tenir les jeunes éloignés du système de justice et de les aider à se sentir responsables et à répondre de leurs actes.

Lorsque nous avons demandé d'où proviendraient les sommes nécessaires au financement de ces programmes, on nous a répondu que ceux-ci pourraient entraîner des économies. Tout ce que la collectivité devait faire, c'était convaincre les responsables des services correctionnels et le gouvernement provincial de réduire le financement des lieux de détention et d'utiliser les sommes ainsi dégagées pour financer les programmes de rechange. Lorsque j'ai parlé à la province, on m'a répondu que, si les programmes étaient financés, il ne s'agirait plus de véritables initiatives communautaires.

Lors d'une réunion que j'ai eue par la suite avec des professeurs et des intervenants auprès des jeunes, j'ai entendu des histoires d'enfants qui n'auraient jamais été accusés, qui ont consenti à des « peines » très lourdes. Ils ignoraient qu'ils avaient leur mot à dire et que leur collectivité était représentée au sein du tribunal. J'ai entendu des travailleurs communautaires qui voulaient savoir d'où viendraient les ressources permettant d'offrir les services nécessaires pour empêcher que les jeunes à risque aient des ennuis et pour les aider à devenir des membres responsables de la société. Les questions auxquelles il faut répondre sont celles que j'ai soulevées précédemment :

1. Il existe de nombreuses collectivités. Quel est le meilleur endroit où discuter des différents points de vue sur la justice et apprendre d'autres façons de la rendre?

2. Les programmes élaborés par une collectivité peuvent ne pas convenir à une autre. Le règlement extrajudiciaire des conflits et les programmes de justice réparatrice sont considérés comme les nouveaux sauveurs du système de justice.

3. Comment en arriver à ce que le système de justice partage son pouvoir et ses ressources?

L'ACCÈS À LA JUSTICE DANS UN CONTEXTE ÉLARGI

Gilles Paquet

Centre d'études en gouvernance
Université d'Ottawa
31 mars 2000

> Si vous n'avez qu'un marteau,
> tout ressemble à un clou.
>
> Anonyme.

INTRODUCTION

Comme la plupart des commentateurs en conviendraient, l'accès à la justice fait partie intégrante de toute société juste. Par accès à la justice, on n'entend pas seulement l'accès au système de justice (si on limite exclusivement cette expression aux tribunaux dans leur sens habituel, c'est-à-dire les cours de justice officielles) ou l'accès au droit et à l'appareil juridique officiel. La justice est un concept beaucoup plus vaste.

Pour traduire cette notion (tout en ne la confinant pas au domaine philosophique), j'utiliserai l'expression « contexte élargi ». Il est possible que cette formulation ne soit ni la plus élégante ni la plus explicite, mais elle servira notre propos dans le présent cas.

Le colloque du 31 mars 2000 du sous-ministre de la Justice du gouvernement du Canada était intitulé *Élargir nos horizons : redéfinir l'accès à la justice au Canada*. Il portait principalement sur les défis que devront relever, dans l'avenir, ceux qui veulent garantir aux Canadiens l'accès à la justice (dans le sens plus large mentionné précédemment) dans un environnement de plus en plus complexe.

Ce n'est pas la première fois que cette question fait l'objet d'un examen au Canada. Dans un document de référence rédigé pour le présent colloque, Steven Bittle (2000) a passé en revue les conférences et les colloques tenus précédemment sur ce thème au Canada. Mais, dès le départ, le colloque du 31 mars se voulait particulier. En effet, le sous-ministre l'a ouvert par une invitation inhabituelle à dépasser les frontières traditionnelles de l'étude du concept d'accès à la justice pour le situer dans un contexte élargi. Ainsi, Morris Rosenberg, sous-ministre de la Justice, a invité les participants à sortir des sentiers battus et à utiliser la pensée latérale pour élaborer des stratégies et trouver de meilleures façons d'assurer l'accès à la justice aux Canadiens.

Cette invitation à l'auto-subversion lancée aux institutions juridiques (une bonne partie des participants appartenant effectivement à celles-ci) en a surpris quelques-uns. La *confrérie* des avocats et des juristes est traditionnellement très conservatrice. Elle a également la réputation d'être fortement sur la défensive lorsqu'on lui reproche, en tant que groupe professionnel au cœur du système officiel, soit de ne pas en faire assez, soit de ne pas être à la hauteur des attentes pour ce qui est d'assurer à tous les Canadiens un accès optimal à la justice. L'exhortation à dépasser les frontières établies et à parcourir librement un territoire beaucoup plus vaste que les tribunaux traditionnels a paru subversive.

UN DÉFI EXPRIMÉ DE MULTIPLES FAÇONS

La première séance du colloque voulait orienter les participants dans leur recherche de nouvelles stratégies en vue de procurer aux Canadiens un accès optimal à la justice. Les multiples facettes du message qui est ressorti de cette séance pourraient se résumer en quelques mots : le dossier du Canada sur la question de l'accès à la justice n'est peut-être pas aussi reluisant qu'on a l'habitude de le croire. Afin de traduire ce message fondamental, on pourrait aussi dire (pour reprendre les mots de deux éminents juristes et d'un astucieux observateur de la scène juridique ou judiciaire) que la « forteresse » qui protège les institutions de la justice officielle, telle qu'elle est définie par les tribunaux traditionnels, n'est pas imprenable, qu'il y a même « péril en la demeure » lorsqu'on examine avec soin la « maison de la justice » au Canada.

Cette situation est attribuable en partie aux défis mentionnés par Mark Kingwell (2000) dans son essai rédigé avant le colloque : l'accroissement de la diversité de la population, la mondialisation, la modification du lien qui unit la politique et la culture, le nouveau rôle de la technologie et les nouvelles formes d'intervention des citoyens. Mais l'essentiel des messages formulés pendant la séance d'introduction ont largement dépassé les simples mises en garde face à la plus grande complexité du monde.

M^me^ le juge Turpel-Lafond (Saskatchewan) a formulé *un message d'anxiété*: il est possible que le système de justice ne serve pas bien la collectivité. Les mesures mises en place pour les groupes autochtones, par exemple, ressemblent davantage à une **industrie carcérale** condamnée au recyclage des déviants. Même si les intellectuels ont démontré un certain intérêt théorique envers la justice réparatrice, cet intérêt n'a débouché sur aucune mesure constructive sur la ligne de front. Sous l'angle privilégié d'un juge de l'Ouest canadien, la forteresse apparaît inadaptée.

Roderick Macdonald (Commission de réforme du droit du Canada) a lancé *un message de décalage*. Ses réflexions ont porté sur le gouffre qui sépare « le système officiel » (le système composé des avocats, des tribunaux et de la justice officielle) et le véritable « droit vivant de l'interaction humaine quotidienne ». Après avoir posé le même diagnostic que M. Kingwell

et M^me^ Turpel-Lafond, selon lequel la complexité accrue des interactions humaines et l'intégration d'une plus grande diversité de composantes amènent la justice officielle à marginaliser davantage la personne ordinaire, il a conclu par un plaidoyer en faveur d'une intensification du rôle des citoyens dans le système de justice ou, plus précisément, dans le processus de création du droit.

Jacques Dufresne a livré *un message de dénonciation* : il estime que le problème prend sa source dans le système de justice. L'institution judiciaire officielle, la forteresse, empêche la justice de suivre son cours normal. Plutôt que de prévenir les problèmes, le « système officiel » les aggrave et peut même engendrer de l'injustice. À son avis, l'absence de justice préventive pouvant servir de voie d'évitement au système officiel constitue une lacune majeure qui empêche les citoyens d'avoir accès à une véritable justice. C'est pourquoi l'idée d'une « justice douce » (dans le sens que l'on prête à la médecine douce) lui semble une solution indiquée. Il a mentionné le rôle préventif des notaires dans le système de justice du Québec pour illustrer les différentes façons dont un processus de ce genre pourrait fonctionner.

Le message ne pouvait être plus clair : le système de justice officiel ne parvient pas à fournir aux Canadiens un accès suffisant à la justice. Que cet échec soit principalement attribuable à un phénomène en amont du système (c'est-à-dire une justice préventive inadaptée), à un phénomène du système même (c'est-à-dire un décalage entre le système officiel et l'interaction humaine réelle) ou à un phénomène en aval du système (c'est-à-dire l'attitude du système de justice officiel qui cherche essentiellement à prendre les gens en défaut et l'absence de tout engagement sérieux à réaliser la justice réparatrice), il est évident que le système officiel ne répond pas aux besoins des citoyens.

Les résultats de la première séance plénière n'ont pas donné à penser que ces trois façons d'améliorer l'accès à la justice, soit en accentuant la prévention, soit en réconciliant le système officiel avec la réalité des citoyens, soit en augmentant le recours à la justice réparatrice sont les seules qui existent. Au contraire, les trois documents sont émaillés d'allusions à des mesures parallèles et à des solutions de remplacement qui existent déjà à l'extérieur du système officiel. La portée de ces déclarations, parfois provocatrices, a très bien préparé le terrain à la tenue de discussions approfondies et d'un questionnement original. Elles ont constitué le prélude d'un colloque qui promettait de dépasser les attentes du sous-ministre et dont on pouvait espérer qu'il donne naissance à des solutions novatrices permettant éventuellement d'améliorer l'accès à la justice.

LA FORTERESSE, LES BARBARES ET LES PLOMBIERS

À la suite de la séance plénière d'introduction, on a invité les participants au colloque à se joindre à l'un des quatre ateliers tenus simultanément afin de procéder à une recherche plus poussée pour trouver d'autres moyens de faciliter l'accès à la justice. Ces ateliers visaient à réunir des participants provenant de toutes les couches de la société (autant au sein qu'à l'extérieur du système de justice officiel). Finalement, les groupes formés par les participants se composaient d'un nombre supérieur de membres du système de justice officiel que ce qu'on avait prévu (non parce que la liste des invitations avait été conçue ainsi, mais parce que beaucoup de personnes avaient pris d'autres engagements). Malgré tout, l'assistance comptait un assez grand nombre de non-juristes pour que le colloque soit teinté d'une variété de points de vue extrinsèques au système officiel.

Les trois premiers ateliers étaient bâtis autour des préoccupations qui touchent des groupes de l'extérieur de la forteresse du système de justice officiel. Ils se concentraient sur les aspects suivants : 1) les citoyens et les collectivités 2) la diversité des groupes formant le tissu social du Canada et ceux qui s'intéressent au bien-être de ces groupes; 3) le point de vue des économistes sur le système de justice dans ce qui le distingue de celui des avocats. Le quatrième atelier portait sur l'examen de nouveaux mécanismes et de nouveaux partenariats susceptibles de faciliter l'accès à la justice.

J'utilise l'expression « barbares » pour désigner, d'une manière désinvolte mais sans malice, les groupes qui n'appartiennent pas à la forteresse du système de justice officiel et qui ont participé aux trois premiers ateliers parce que les personnes œuvrant au sein du système en question ont fortement tendance (tout comme les Romains envers les Ostrogoths et les Wisigoths) à considérer ceux qui y sont étrangers comme étant d'une *espèce différente*.

Les trois premiers ateliers ont été conçus en présumant que la meilleure façon d'élargir les horizons des habitants de la forteresse était d'inviter les différents groupes d'étrangers à formuler des observations sur diverses questions, dont la raison d'être de la forteresse, le travail qui s'y fait, les façons de l'envahir, l'importance relative de la forteresse et les motifs de vouloir en faire partie.

Les profanes (indépendamment du milieu d'où ils proviennent) ressentent souvent un puissant sentiment d'exclusion et ont parfois l'impression que bien des membres du système officiel les considèrent comme indésirables ou péniblement exaspérants. Malgré cela, il semble tout aussi important que les profanes et l'ensemble des citoyens participent non seulement au processus de création du droit, mais aussi à celui de mise en œuvre de la justice. Ainsi, on aurait pu s'attendre à ce que les barbares s'attaquent aux défis importants dès qu'on les inviterait à pénétrer dans la forteresse.

Malheureusement, cet élan de véhémence et de dénonciation ne s'est pas concrétisé. Le tact et le civisme ont prédominé, à un point tel que les débats semblaient presque dénudés d'impétuosité, du moins aux yeux de tout observateur extérieur allant d'une séance à l'autre. Bien qu'ils se soient révélés instructifs et approfondis, les débats n'ont donné lieu à aucune tentative inspirée de proposer des solutions pour remanier à fond l'« accès à la justice ». Les discussions se sont plutôt déroulées dans le calme et ont porté sur les multiples facettes des questions suivantes : Quel pourrait être le rôle des citoyens et des collectivités? Comment pourrait-on intégrer la nouvelle diversité du Canada? Comment devrait-on aborder les aspects économiques de la justice?

Le quatrième atelier était réservé (du moins d'après ce qui ressortait à première vue de l'ordre du jour) à des questions plus banales concernant des modifications de forme à apporter au système existant (des questions de fignolage, pourrait-on dire à la blague), bien qu'on y ait traité des nouveaux partenariats et des nouveaux mécanismes de prestation. Ce quatrième groupe a pris à cœur le mandat qui lui avait été confié et a été étonnamment subversif. C'est comme si cette tâche, effectuée dans les limites du système officiel (ou à sa périphérie et suivant la logique de la forteresse) avait permis aux participants d'explorer d'une manière plus détachée les frontières qu'il faudrait peut-être franchir.

AU SUJET DES ATELIERS

Il est difficile pour moi, étant donné que je me suis promené d'une séance à l'autre, d'évoquer

fidèlement l'essence de conversations intelligentes, instructives et approfondies. C'est un peu comme si j'essayais de recréer une tempête de neige à partir des gouttes laissées sur mon visage par les quelques flocons qui y ont fondu (John Updike). Dans des circonstances semblables, il faut faire des choix et, par conséquent, se montrer nécessairement partial. Toutefois, si jamais mes résumés, qui sont tout à fait personnels, se révélaient trompeurs, il serait facile de les corriger à l'aide des rapports que produiront les preneurs de notes consciencieux, limitant ainsi les dégâts. Malgré tout, mes résumés pourraient contribuer à mettre en évidence certains thèmes fondamentaux qui méritent qu'on s'y arrêtent.

1) Citoyens et collectivités

Les participants reconnaissaient tous que les citoyens et les collectivités ont un rôle à jouer dans le système de justice. Le débat a porté surtout sur la difficulté de définir ce qu'est une collectivité, de mettre en pratique le rôle des citoyens et des collectivités et de veiller à la mise en place de l'infrastructure nécessaire pour permettre aux citoyens et aux collectivités de fonctionner efficacement dans un monde 1) où les tribunaux ne sont pas les seuls forums auxquels les citoyens doivent avoir accès et 2) où les circonstances empêchent le recours à une stratégie « universelle ».

Les citoyens et les collectivités trouvent particulièrement difficile d'organiser eux-mêmes ce processus d'intégration; il n'est pas facile d'utiliser « le système ». À leur avis, il s'agit surtout d'un problème qui touche le partage du pouvoir et dans lequel le système de justice officiel se montre peu enclin à partager.

La discussion s'est axée sur l'engagement des citoyens et sur la possibilité de faire des efforts de rapprochement propres à permettre aux collectivités de jouer un rôle plus important au sein de l'ordre institutionnel. On a abordé la question des obstacles que représentent les querelles de compétence et l'esprit de corps de la profession. On a insisté surtout sur les moyens de remanier le système officiel actuel et de le rendre plus ouvert afin que les citoyens et les collectivités puissent y apporter leur contribution.

2) Diversité

Le système officiel a endossé avec une ardeur particulière l'argument selon lequel l'accès à la justice doit être assuré par le biais d'un traitement égal. Bien que les tribunaux aient réalisé des progrès à cet égard, les participants ont conclu que le système officiel n'a pas vraiment réussi à mettre sur pied des mécanismes de prestation qui tiennent la promesse d'accroître réellement la reconnaissance du « droit à l'égalité ». En effet, ils ont considéré que les démarches de privatisation du règlement des demandes (par des arbitres) et de collectivisation des processus (s'adressant à des groupes plutôt qu'à des particuliers) constituaient une érosion du droit public qui sert de fondement aux droits de la personne. De plus, l'argument selon lequel ces initiatives auraient des répercussions sur l'efficacité en a amené beaucoup à demander que l'on évalue d'une certaine manière l'effet de ces mesures afin de garantir le maintien de la stratégie visant les droits à l'égalité matérielle.

Le défi de la diversité a été abordé presque exclusivement sous l'angle des droits à l'égalité matérielle ainsi que sous celui d'une certaine forme d'obligation de rendre compte de la mise en œuvre des mesures devant les groupes minoritaires. Curieusement, au cours de la discussion, le concept de diversité n'a pas été formulé dans son sens utilitariste, c'est-à-dire comme comportant l'idée de source de progrès dynamique dans le contexte des socio-économies et politiques

modernes, un argument souvent invoqué au sujet du pluralisme. Ce terme a plutôt été utilisé presque tout le temps pour désigner une valeur publique s'opposant à l'efficacité. Le sens ainsi prêté à ce terme a été étonnant et (conjointement avec l'accent mis sur les droits fondamentaux) a considérablement restreint la portée de l'examen.

La mention des groupes autochtones et des groupes minoritaires a mis en évidence les nouvelles formes d'obligation de rendre compte devant les groupes minoritaires que le système de justice officiel entraîne et a conduit à examiner les conséquences et l'importance de l'efficacité des mesures visant à faciliter l'accès à ce système.

3) Économique

Les économistes et les avocats sont souvent en désaccord sur les questions de justice. Les économistes ont une vision rationnelle du monde et se préoccupent surtout d'efficience. De plus, cette profession a un goût prononcé pour la mesure. Ainsi, en abordant le processus de la justice, les économistes ont appliqué leur vision rationnelle, ont vanté les mérites de la primauté de l'efficience et ont pressé les personnes concernées de quantifier les résultats.

L'étude des services d'aide juridique a servi à illustrer les conséquences funestes qu'engendre l'omission de mesurer les résultats, mais la discussion s'est surtout articulée autour du processus d'affectation des ressources au sein du système de justice. Selon les économistes, l'évaluation des résultats, la mesure des conséquences et des études d'évaluation peuvent aider à discerner où les ressources donneraient les meilleurs résultats et, par conséquent, où elles devraient être affectées.

L'importance de la recherche et de l'évaluation dans la détermination de l'affectation des ressources au sein du système de justice est manifestement un argument solide. De plus, la proposition selon laquelle l'évaluation des résultats pourrait fournir des chiffres susceptibles de traduire la même chose que le mécanisme des prix dans le secteur privé est raisonnable. Toutefois, dans les débats, on n'a pas toujours réussi à échapper à la tentation d'attribuer trop de pouvoir au modèle rationnel ou de porter aux nues les exercices quantophréniques.

4) Nouveaux mécanismes et nouveaux partenariats

La richesse des débats qui ont entouré l'exploration de nouveaux mécanismes et de nouveaux partenariats en matière de prestation de la justice s'est révélée étonnante quoique prévisible. Le cadre relativement sûr du débat qui était profondément enraciné dans des efforts destinés à améliorer le système actuel (et non à le contester) a, en fait, donné lieu à des examens intéressants qui ont dépassé de beaucoup le mandat de départ.

Tout a commencé avec le besoin de définir pourquoi il fallait améliorer le système de justice et de fixer quelques points de référence susceptibles de permettre de mesurer l'amélioration réalisée. Cette étape a conduit à l'examen du genre de société que veulent les Canadiens et, par conséquent, du type de justice qu'ils souhaitent avoir.

Les participants ont admis dès le départ que la diversité de la population canadienne et la répartition inégale non seulement des revenus et des richesses, mais aussi de l'accès au pouvoir, rendent impossible de croire qu'un système universel pourrait fonctionner. Ainsi, ils ont estimé qu'il faudrait 1) commencer par s'entendre sur certains principes de base, une sorte de Grande Charte, qui guiderait la démarche, puis 2) reconnaître que la mise au point de méthodes

améliorées doit passer par la « justice locale » (c'est-à-dire en s'efforçant de travailler au niveau des différents groupes, des différents conflits et des différentes questions) et non par des accords de grande portée (Elster, 1992).

Les débats ont porté, entre autres, sur la notion de la culture de la justice dans son ensemble, sur la différence entre la justice pénale et la justice sociale, sur la tyrannie de la règle de la majorité et sur les avantages et les inconvénients de se fonder strictement et simplement sur la primauté du droit. Les participants ont estimé qu'il faut chercher à établir de nouveaux partenariats et de nouveaux mécanismes dans le cadre de cette double série de contraintes que sont les principes généraux et le cadre régional (Foblets 1996).

Quelques chemins moins fréquentés, mais...

Dans chacun des ateliers, les participants ont soulevé quelques points comme le besoin de ressources supplémentaires, même si certains ont insisté sur le fait qu'il faudrait aussi obtenir des types de ressources différents. Un des exemples qui a été donné concernait le type de nouvelles ressources qu'exige la justice réparatrice. Les Aînés, imposés par la collectivité dans le contexte de la justice réparatrice, pourraient très bien s'épuiser d'une certaine manière si on fait presque toujours appel aux mêmes personnes dans le cadre de cette justice. Une telle situation ne peut qu'amener cette solution à tomber en disgrâce.

Cependant, beaucoup de points avancés avec force à un moment quelconque au cours des discussions sont tombés à plat, pour une raison ou pour une autre. Certains d'entre eux sembleraient mériter au moins d'être mentionnés dans le compte rendu du colloque.

1) Le premier point concerne l'inertie fondamentale du système de justice officiel. Tout comme les économistes acceptent d'imaginer un monde où la Banque du Canada n'existerait pas, il devrait être possible d'échafauder des hypothèses sur les conséquences qu'entraînerait une certaine réforme en profondeur ou une réduction radicale de l'appareil de la justice officielle. Mais cette démarche n'est pas monnaie courante. Aussi, de nombreux aspects du système de justice officiel échappent à un examen en profondeur. Par exemple, l'inflation de lois et de règlements officiels a entraîné une augmentation démesurée du nombre de procès. Il pourrait s'avérer utile de vérifier si, en fait, cette expansion du système de justice officiel a eu pour effet d'augmenter ou de diminuer la possibilité d'obtenir véritablement justice dans notre pays. Certains ont prétendu que l'envahissement de la société par le principe de la « primauté du droit » au sens que les tribunaux lui ont donné peut même avoir eu pour effet de réduire l'accès à la justice pour les citoyens canadiens. Le plaidoyer de Jacques Dufresne en faveur d'une « justice douce » impliquerait une importante réduction du rôle des tribunaux.

2) Le deuxième point se rapporte à l'importance des aspects financiers du système de justice officiel. Un système se compose d'une structure (une série de rôles), d'une technologie (des outils ou instruments) et d'une théorie (une idée de la raison d'être du système). La façon la plus efficace de déstabiliser le système et de le transformer pourrait bien être de modifier sa technologie (Schon, 1971). On peut alors se demander s'il ne serait pas important d'améliorer la technologie financière du système de justice officiel. Dans le réseau de la santé, la rémunération à l'acte a influencé grandement la structure de ce secteur. De la même

manière, il est certain que la façon de rémunérer les avocats aurait une incidence sur l'exercice du droit et sur la façon dont les citoyens ont accès au droit par leur intermédiaire. Par conséquent, il faut peut-être que toute tentative de réformer le système de justice officiel passe par une modification de l'infrastructure financière sur lequel il repose. Dans le cas de la médecine, on a l'impression que c'est seulement si l'on envisage sérieusement la possibilité de supprimer le système de rémunération à l'acte qu'on pourra assister à de véritables transformations. Des comparaisons faites entre le système de la *Blue Cross* (Croix Bleue) et les systèmes *Kaiser* à New York ont révélé que le mode de rémunération peut avoir d'importantes répercussions sur l'efficience (bien faire le travail) et l'efficacité (faire ce qu'il faut) de ce secteur. Le refus de mettre l'accent sur des aspects du système de justice comme la rémunération peut empêcher d'opérer un véritable changement (Paquet, 1994).

3) Le troisième point porte sur l'importance que le système de justice accorde aux « droits » et qu'on constate au sein des structures juridiques officielles. Cette situation se démarque fortement des « demandes axées sur les besoins » des citoyens : la nécessité de garantir qu'on peut se promener en toute sécurité dans nos villes la nuit, la nécessité de pouvoir obtenir un divorce qui ne coûtera pas 100 000 $, etc. Il serait possible de prétendre que l'accent mis sur les droits a amené le système soit à ne pas tenir compte des besoins, soit à considérer les droits comme étant le seul moyen de veiller à la satisfaction des besoins en matière de justice. En fait, si on s'intéresse aux besoins, il vient à l'esprit toutes sortes d'autres mécanismes valables de résolution de problèmes et on pense à toutes sortes de nouveaux intervenants qui pourraient être utiles. En effet, un système de justice véritable cherche à éliminer l'esclavage et à atténuer les atteintes à la liberté. Une démarche axée sur les besoins pourrait contribuer fortement à faire disparaître la propension qu'a l'attitude axée sur les droits à favoriser les tribunaux et le système de justice officiel. La création même de nombreux guichets où les citoyens pourraient trouver des nouveaux moyens de résoudre leurs problèmes ou de satisfaire leurs besoins aiderait grandement à accroître la liberté de la population.

QUELQUES PARADOXES

La pression considérable exercée sur le système de justice et l'appel aux armes visant à assurer l'accès à la justice se sont combinés d'une façon qui a donné naissance à certaines situations paradoxales. Un paradoxe est une proposition qui semble contradictoire. C'est souvent la source la plus importante de renouvellement puisqu'il requiert de formuler autrement la question pour éviter la contradiction.

Le premier paradoxe qui a frappé les observateurs présents au colloque est que, d'une part, la plupart des participants reconnaissaient qu'il n'existe pas de solution universelle en matière de prestation de la justice et, donc, qu'il faut résoudre les problèmes localement et que, d'autre part, toute la philosophie axée sur les droits repose sur l'égalité matérielle. Il est difficile de voir comment cet appel à l'égalité matérielle et à l'uniformité peut être concilié avec l'idée de justice locale ou d'application de normes différentes, adaptées aux circonstances. Ce paradoxe atteint le cœur même du système de justice officiel et attaque son incapacité actuelle à susciter suffisamment de remises en question. De plus, on peut même dire qu'il a toujours été présent au Canada. Le Québec

s'est heurté à l'impossibilité d'amener le reste du pays à lui permettre d'être différent, tout en étant égal, parce qu'aussitôt que quelqu'un invoque le droit à la différence, celui qui s'y oppose assimile toujours cette demande à une sollicitation d'un régime de faveur. Il n'en reste pas moins que le concept d' « égal mais différent » est exactement ce qui semblerait constituer l'assise même du nouveau système, plus souple, axé sur la justice locale ou sur la reconnaissance que différentes portes devraient donner accès à la justice.

Le niveau supérieur où il est possible de résoudre un tel paradoxe se situe là où le concept d' « égal mais différent » se transforme pour devenir quelque chose qui ressemble à « différent mais uni ». Cette notion suppose qu'il existe des façons d'obtenir des compromis et la souplesse nécessaire pour dégager des principes généraux largement acceptés (Grande Charte) et de réaliser des décisions décentralisées en ayant recours à différents mécanismes et en empruntant différentes voies (la justice locale). L'élaboration de solutions de ce genre constituera un défi de taille pour les juristes. En effet, l'une des contributions principales du colloque a été de mettre en évidence ce paradoxe et de laisser entendre qu'il faut le résoudre pour parvenir à définir des conditions qui peuvent être mises en pratique pour mener à un système de justice amélioré doté d'une variété nécessaire de points d'accès à la forteresse et d'avenues ou de voies entourant ou sillonnant celle-ci.

Le deuxième paradoxe est tout aussi déconcertant. Il pose que l'appel à l'intégration et à participation dans le processus juridique risque d'ébranler certaines des caractéristiques fondamentales de la démocratie représentative. En effet, ce genre d'intervention dans le processus judiciaire (qu'elle soit antérieure comme dans le cas de la justice préventive, simultanée si elle est plus directe ou se fait par le biais de voies juridiques de rechange ou qu'elle survienne plus tard, dans le cas de la justice réparatrice) remet en question la méthode démocratique habituelle qui consiste à élire des représentants ou à choisir des dirigeants pour ensuite leur conférer le pouvoir de prendre les décisions pour le compte de la collectivité.

Il semblerait que la participation même au processus judiciaire qui est demandée remettrait en question la validité du processus de démocratie représentative qui est à l'origine de l'ordre juridique actuel et sur laquelle celui-ci repose (Hermet, 1997). En effet, on considère souvent que la participation et l'intégration nuisent considérablement à l'application régulière de la loi, qu'elles sont capables d'y faire obstacle.

Il y a peu de chances qu'on parvienne à régler ce problème sans repenser très sérieusement la notion même de démocratie représentative et ses institutions juridiques. Voilà un autre défi que le colloque a mis en lumière et qui obligera les juristes qui devront s'y attaquer à faire preuve de beaucoup de créativité.

Conclusion

Il est peu sage pour un rapporteur (quel que soit le degré de liberté dont il jouisse dans l'exécution de ses fonctions) de prendre plus de temps pour parler des discussions dont il est censé faire le compte rendu que le temps effectivement consacré à celles-ci. Aussi, en terminant, permettez-moi de vous mentionner certaines conclusions tirées des délibérations qui ont eu lieu au cours du colloque. Étant donné que je ne pouvais être partout à la fois, ces conclusions sont nécessairement tout à fait personnelles, mais elles devraient constituer des hypothèses susceptibles de servir pour confirmer une expérience personnelle ou au moment de

lire les rapports détaillés rédigés par les preneurs de notes qui ont assisté aux ateliers.

Il semblerait que, pour faciliter l'accès à la justice, il serait très utile de prendre un certain nombre de mesures, à brève échéance.

En premier lieu, il est apparu clairement qu'avant d'élaborer un système de justice amélioré (dont la portée serait beaucoup plus vaste que celle de l'ancien système et qui faciliterait l'accès à la justice aux citoyens), il faut s'entendre sur le genre de société et la sorte de justice que l'on désire. Il est important de présenter une Grande Charte qui tracerait les grandes lignes de ces valeurs, puisque seule une telle déclaration peut orienter l'examen des différentes façons pour les citoyens d'obtenir accès à la justice et servir de guide dans l'adoption d'une définition de ce qui est acceptable et de ce qui ne l'est pas.

En deuxième lieu, il était également évident qu'en définissant un système amélioré d'accès à la justice, il est impossible d'examiner les possibilités d'alliances avec d'autres groupes et les différents mécanismes de rechange envisageables sans une meilleure connaissance des expériences déjà menées au Canada ou ailleurs et de la mesure de leur succès. Il n'existe aucun ouvrage répertoriant ces expériences. Il semblerait fondamental de veiller à ce qu'un tel document soit immédiatement préparé.

En troisième lieu, il faut une volonté réelle de favoriser la réalisation du plus grand nombre possible d'expériences et de mesures innovatrices destinées à assurer un meilleur accès à la justice. Toutefois, cela est possible uniquement si la culture du système de justice change. À son tour, ce changement ne peut se réaliser qu'en présence d'une véritable volonté de la part des hauts fonctionnaires de la Commission du droit du Canada et des différents ministères de la Justice d'agir de concert pour favoriser, encourager et soutenir activement les mesures innovatrices. D'une certaine façon, on pourrait considérer le colloque comme la première étape du processus d'élaboration du soutien culturel nécessaire pour procéder à l'examen et à la recherche de moyens plus efficaces d'aller plus loin.

Ces simples moyens peuvent paraître de peu d'importance, mais ils pavent la voie à des changements plus fondamentaux qui s'inscriront à longue échéance.

Tout d'abord, la combinaison d'un énoncé général de la philosophie du Canada en matière de justice, avec un répertoire plus exhaustif des mesures qui fonctionnent et de celles qui ne fonctionnent pas, et d'un soutien actif apporté aux mesures innovatrices permettra de dégager des principes nationaux de base susceptibles d'être plus utiles qu'une vague Grande Charte dans l'élaboration de l'organisation d'un nouvel ensemble d'institutions juridiques plus accessibles.

Il serait bien, pour définir ces principes nationaux, de commencer avec les suggestions d'Amartya Sen qui a placé au centre de l'ensemble du processus de développement social, économique et politique la libération des différentes formes d'esclavage ou l'élimination des atteintes à la liberté qui résultent d'un manque de marge de manœuvre en politique, de possibilités sociales, d'ouvertures économiques et de garanties de transparence et de sécurité (Sen, 1999).

Ensuite, il faut s'efforcer d'établir une *répartition du système de justice*, dans laquelle la justice prend différentes formes, provient d'une variété de sources et emprunte toutes sortes de voies afin de garantir réellement aux citoyens un accès à la justice. C'est là la véritable deuxième étape du processus d'élaboration d'une nouvelle culture en matière d'accès à la justice. La voie menant à la répartition de la gouvernance a déjà fait l'objet d'un examen (Paquet, 1999)

et il a été démontré qu'elle donne de bien meilleurs résultats. La gouvernance du système de justice doit suivre cette voie.

Cependant, il est peu probable que cette évolution vers un système de justice différent et plus réparti se fasse sans heurt. La raison en est simple : la voie qui y mène risque d'être parsemée non seulement de moments difficiles, mais aussi de revers et de contretemps. Ainsi, à longue échéance, il faut également être en mesure de faire preuve de la « capacité négative » requise (comme le dirait Keats), c'est-à-dire être capable de persévérer quand les choses vont mal. Par conséquent, une troisième initiative à longue échéance comporte la mise au point des systèmes de soutien nécessaires pour aider les réformateurs à mettre leur créativité à profit dans ce « dialogue à plusieurs interlocuteurs » avec les citoyens et à résister à l'effet paralysant qu'entraînent les revers essuyés dans tout projet de changement de ce genre, car sans un système de soutien de la sorte, la réforme est vouée à l'échec.

Roy Lewis a déjà procédé à une analyse satirique d'une telle situation dans son célèbre livre intitulé *Pourquoi j'ai mangé mon père* (1960). Il y raconte l'expérience d'évolution d'une communauté de singes habitant dans des arbres, qui découvrent le feu, qui inventent des outils et que le progrès éloigne peu à peu de la sécurité des arbres. Dans un tel monde en transition, chaque coup du sort donne l'occasion à ceux qui avancent à contrecœur de dénoncer le progrès et de tenter de lancer un mouvement de « retour aux arbres ».

Il est donc raisonnable de s'attendre à assister à une nouvelle version du « mouvement de retour aux arbres » chaque fois que cette transformation majeure du système de justice essuiera un revers. Il est donc très important d'avoir à notre disposition des moyens de protéger le système de justice contre ces revers éventuels. C'est là un des dossiers dans lequel le système de justice peut avoir à demander l'aide de non-juristes.

BIBLIOGRAPHIE

S. Bittle, 2000. *Previous Conferences/Symposiums* (polycopié de 8 pages).

J. Elster, 1992. *Local Justice*. New York, Russell Sage Foundation.

M.C. Foblets, 1996. « À la recherche d'une justice perdue – Les procédures alternatives de règlement de conflits », *Journal of Legal Pluralism*, n° 36, aux p. 9 à 20.

G. Hermet, 1997. *La démocratie*. Paris, Flammarion.

M. Kingwell, 2000. *L'accès des citoyens à la justice : enjeux et tendances pour l'an 2000 et après* (polycopié de 11 pages).

R. Lewis, 1960. *Pourquoi j'ai mangé mon père?* Paris, Presses Pocket.

G. Paquet, 1994. « Grandeurs, limites et scandales : fondements éthiques du financement des systèmes de santé » dans J.M. Larouche et al. *Éthique, santé et société*. Ottawa, Centre de techno-éthique de l'Université Saint Paul, aux p. 21 à 46.

G. Paquet, 1999. Governance as Social Learning. Ottawa : University of Ottawa Press.

D. Schon, 1971. Beyond the Stable State. New York : Norton.

A. Sen, 1999. Development as Freedom. New York : Knopf.

APPENDICE C

Mme Cherry Kingsley, de l'organisme **Aide à l'enfance-Canada**, a écrit la lettre suivante. M^me^ Kingsley n'a pas pu assister au colloque parce qu'elle avait d'autres engagements. Elle a donc demandé que sa lettre soit ajoutée au rapport final du colloque afin que les enfants et les adolescents victimes d'exploitation sexuelle au Canada soient entendus.

Monsieur Rosenberg,

La présente vise à vous faire savoir que je ne pourrai pas assister au colloque « **Élargir nos horizons : redéfinir l'accès à la justice au Canada**, qui aura lieu le 31 mars 2000.

Je suis très déçue de ne pouvoir être là parce que l'« accès à la justice » est un problème auquel sont confrontés tous les jours les enfants et les adolescents exploités sexuellement à des fins commerciales au Canada. Je voyage actuellement un peu partout au Canada pour rencontrer des jeunes autochtones victimes d'exploitation sexuelle dans des régions rurales ou urbaines ou sur des réserves et, malheureusement, je dois être à Toronto le 31 mars pour animer un cercle de discussion. Les transcriptions des rencontres des cercles de discussion font état d'histoires de centaines de jeunes qui reflètent les expériences de centaines d'autres. Comme il m'est impossible de partager toutes leurs histoires dans la présente lettre, je vous invite à communiquer avec moi pour obtenir les transcriptions.

J'aimerais vous faire part de ce que les jeunes me disent au sujet de leurs besoins en espérant que cela sera utile aux fins de vos discussions. Je souhaite que cette information puisse être transmise aux autres participants et prise en considération dans les actes du colloque. Je me sentirais mal si la voix de ces jeunes n'était pas entendue simplement parce que je n'ai pas pu assister au colloque.

J'aimerais d'abord vous dire quelques mots à mon sujet. J'appartiens à la nation Sewepmec, qui vit dans le centre de la Colombie-Britannique. Je suis actuellement au service de l'organisme Aide à l'enfance-Canada à titre de gestionnaire du projet national **Out From the Shadows and Into the Light**, qui porte sur l'exploitation sexuelle des enfants et des adolescents à des fins commerciales au Canada. Cette question revêt une extrême importance pour moi car j'ai moi-même été exploitée sexuellement à des fins commerciales pendant huit ans au Canada.

J'ai été entraînée dans le commerce sexuel à l'âge de 14 ans. J'ai grandi auprès de ma mère et de mon beau-père, dans une famille où régnaient constamment la violence, notamment la violence sexuelle, l'alcoolisme et la négligence. J'ai fait ma première fugue à cinq ans. Je me suis cachée dans la cour parce que je ne voulais pas rentrer chez moi. La police est très souvent venue à la maison parce que mes parents se battaient. À ces occasions, les policiers demandaient à mes parents de se calmer parce qu'ils troublaient la paix, nous jetaient un coup d'œil à ma sœur et à moi et repartaient. Une fois, au milieu de la nuit, je me suis rendue chez un voisin pour obtenir de l'aide; il s'est contenté de me ramener chez moi. Une autre fois, j'ai demandé de l'aide à un professeur. Elle a appelé ma mère et, lorsque je suis revenue à la maison, j'ai été battue. Je n'ai plus jamais demandé de l'aide à un étranger.

À l'âge de dix ans, j'ai été envoyée à Calgary pour être prise en charge par l'État. Ma sœur et moi avons immédiatement été séparées. A suivi une série de 20 placements en familles d'accueil, en foyers d'accueil d'urgence, en maisons d'évaluation, en refuges et dans des centres surveillés.

Déménager était douloureux, mais la honte et les stigmates associés au fait d'être une « enfant de l'aide sociale » étaient pires. Il était évident que les gens n'aimaient pas toujours qu'il y ait des foyers pour enfants ou des foyers d'accueil dans leur voisinage et ne se gênaient pas pour le dire. Un grand nombre ne voulaient pas que nous jouions avec leurs enfants. Je n'ai jamais eu l'impression que je pouvais parler des mauvais traitements dont j'avais été victime, de ma solitude et de mes sentiments à quiconque. Mes seuls amis étaient un couple âgé.

À la réflexion, cet homme et cette femme n'ont rien fait de vraiment spécial pour me séduire; ils ne m'ont pas promis d'argent, de gloire ou de fêtes. Ils avaient simplement l'habitude de me parler, et ils m'écoutaient. Nous allions parfois prendre un café ou voir un film et, quand je ne voulais pas retourner chez moi, ils me permettaient de rester avec eux. Lorsque j'ai eu 14 ans, ils m'ont demandé d'aller à Vancouver avec eux. Ils m'ont dit qu'ils prendraient soin de moi, que je pourrais aller dans une école où personne ne me connaissait et savait que j'avais été battue ou que j'avais vécu dans des foyers d'accueil. Je suis bien sûr allée avec eux. Tout ce que je voulais, c'était commencer une nouvelle vie.

Le soir de notre arrivée à Vancouver, ils m'ont dit qu'ils avaient juste assez d'argent pour que nous restions une nuit à l'hôtel et que je devrais « travailler ». Je ne savais pas réellement ce qu'ils voulaient dire, à part ce que j'avais vu à la télévision. Je ne comprenais pas ce que j'allais devoir faire réellement. « Travailler » signifiait se tenir au coin d'une rue, parfois 18 heures par jour, parfois plus. Parfois, il y avait huit clients par jour, parfois plus. Je n'étais pas autorisée à garder mon argent. Il m'arrivait même souvent de ne pas avoir assez d'argent pour m'acheter un café. J'ai été battue presque chaque jour, par mon souteneur et également par mes clients. Lorsque je me tenais au coin d'une rue, des gens qui marchaient ou qui circulaient en voiture me criaient des noms et me lançaient des objets. J'étais souvent harcelée par la police. J'avais peur de demander de l'aide. Parce que je m'étais enfuie, je pensais que je serais celle qui aurait des ennuis. À l'âge de 15 ans, je travaillais pour un gang de motards; je suis devenue cocaïnomane et héroïnomane. Et ma vie a continué ainsi jusqu'à l'âge de 22 ans.

Lorsque j'ai commencé à guérir, j'ai été capable de changer ma vie. La guérison s'est composée de différentes choses. Avoir un endroit où aller, m'exprimer et me tourner vers la culture de ma nation. Tous ces éléments ont été et sont encore d'une importance fondamentale, non seulement pour survivre, mais également pour commencer réellement à guérir. Pour moi, la guérison signifie vivre dans le même monde que celui où j'ai été battue, négligée, exploitée et abandonnée alors que quelque chose en moi change. Grâce au soutien de la collectivité et aux services de l'État, je dispose des ressources et du soutien nécessaires non seulement pour survivre, mais également pour avancer, et j'ai la possibilité de le faire. Je peux m'épanouir.

Peut-être est-ce cela la justice.

Peut-être la justice ne consiste pas seulement à pointer du doigt, à faire « payer » quelqu'un, à punir ou à venger. Bien qu'en lisant les journaux et en regardant la télévision on en arrive à croire que c'est cela la justice. Peut-être par justice entend-on la possibilité de survivre et de s'épanouir. La possibilité de dire ce qui vous blesse et qui vous fait du mal. Des jeunes à qui je demandais de définir ce qu'il faut entendre par abus m'ont répondu : « c'est lorsqu'une personne vous fait du mal, non pour vous apprendre quelque chose, mais parce qu'elle veut vous faire du mal, que ce soit sur le plan mental, physique ou sexuel ». Je n'avais jamais entendu auparavant une définition semblable

de l'abus. Un autre jeune m'a dit qu'un abus est quelque chose qui vous blesse tellement qu'il vous empêche de vivre pleinement, que ce soit sur le plan physique, mental, émotif ou sexuel.

Si nous voulons rendre la justice accessible, nous devons nous entendre sur ce qu'est la justice. Nous devons reconnaître certaines des injustices les plus fondamentales existant dans notre pays et dans nos collectivités. Les jeunes ne veulent pas d'une justice qui traduit une idée de souffrance, de peine, de vengeance, de châtiment, d'une justice qui signifie « faire souffrir ou faire payer quelqu'un », pointer du doigt, couvrir de honte ou « enfermer une personne et jeter la clé au loin ». La majorité des jeunes à qui je parle veulent de la nourriture et un toit; ils veulent être protégés contre la violence et les abus et bénéficier du support nécessaire pour étudier, travailler, être heureux et panser leurs plaies. C'est cela la justice aux yeux des jeunes à qui je parle.

Je sais que des personnes se tournent vers les tribunaux pour obtenir justice et équité dans le processus administratif et l'application régulière de la loi. Mais les jeunes eux se tournent vers leur famille et leur collectivité pour obtenir justice. J'ai vécu au sein d'une collectivité qui a le taux de suicide chez les jeunes par habitant le plus élevé au monde. Il y a eu au Canada une petite fille qui a été traitée avec hostilité, non seulement par la police, les procureurs de la défense et les tribunaux, mais également par l'ensemble de la collectivité, lorsqu'elle a dénoncé le fait qu'elle avait été agressée sexuellement et violemment. Je sais que tout le monde a déjà entendu des histoires comme celle-là. Mais cette petite fille a écrit un poème qui dit notamment « Ou je meurs, ou je vis suffisamment longtemps pour voir la justice ». Si nous ne parlons pas au moins de justice, certains de nos enfants mourront sans avoir su ce qu'est la justice ou sans l'avoir vue.

Cherry Kingsley
Gestionnaire
Aide à l'enfance-Canada
Out From the Shadows and Into the Light
2177, 42e avenue Ouest
Vancouver (Colombie-Britannique)
V6M 2B7

Tél. : 1.800.325.6873
Téléc. : 1.604.437.5885

APPENDICE D

Liste des participants

Rosalie Abella
Cour d'appel de l'Ontario
Toronto (Ontario)

Lisa Addario
National Association Active in Criminal Justice
Ottawa (Ontario)

David Allen
Santé Canada
Ottawa (Ontario)

Sheila Arthurs
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Patricia Begin
Centre national de prévention du crime
Ottawa (Ontario)

Joan Bercovitch
Association du Barreau canadien
Ottawa (Ontario)

Mark L. Berlin
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Stephen Bindman
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Mary Birdsell
Justice for Children and Youth
Toronto (Ontario)

Bruno Bonneville
Commission du droit du Canada
Ottawa (Ontario)

Nancy Brown Medwid
Legal Aid Society of Alberta
Edmonton (Alberta)

Yves B. Carrière
Commission des services juridiques
Montréal (Québec)

Dave Cassels
Radium Hot Springs
(Colombie-Britannique)

Janice Charette
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Monique Collette
Centre national de prévention du crime
Ottawa (Ontario)

Richard Craig
Law Courts Education Society
Vancouver (Colombie-Britannique)

Albert Currie
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

David Daubney
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Brettel Dawson
National Justice Institute
Ottawa (Ontario)

Terry de March
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Mario Dion
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Jacques Dufresne
L'Agora Recherches et Communications Inc.
Québec (Québec)

Stephen Easton
Simon Fraser University
Vancouver (Colombie-Britannique)

Brian Etherington
University of Windsor
Windsor (Ontario)

Donald Evans
Institut canadien de formation
Toronto (Ontario)

Doug Ewart
Ministère de la Justice Canada
Toronto (Ontario)

Richard Fadden
Secrétariat du Conseil du Trésor
Ottawa (Ontario)

Dave Farthing
Youth Canada
Ottawa (Ontario)

Abraham Feinstein
Soloway Wright
Ottawa (Ontario)

Allan Fineblit
Société du Barreau du Manitoba
Winnipeg (Manitoba)

Ian Francis
Centre canadien des affaires des minorités
Toronto (Ontario)

Lois Gander
University of Alberta
Edmonton (Alberta)

Matthew Geigen-Miller
National Youth in Care Network
Ottawa (Ontario)

Avvy Go
Metro Toronto Chinese and
Southern Asian Legal Clinic
Toronto (Ontario)

Patrick Healy
Université McGill
Montréal (Québec)

Thea Herman
Ministère de la Justice Canada
Toronto (Ontario)

Alex Himelfarb
Patrimoine canadien
Hull (Québec)

Maggie Hodgson
Assemblée des Premières Nations
Ottawa (Ontario)

Eleanor King
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Joana Kuras
Aide juridique Ontario
Toronto (Ontario)

Christopher Lafontaine
Saskatchewan Aboriginal Courtworker Program
Regina (Saskatchewan)

Michel Landry
Clinique juridique communautaire de l'Université d'Ottawa
Ottawa (Ontario)

Connie Laurin Bowie
Association canadienne pour l'intégration communautaire
Toronto (Ontario)

Rachel Larabie-LeSieur
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Lionel Levert
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Owen Lippert
Fraser Institute
Ottawa (Ontario)

Diana Lowe
Forum canadien sur la réforme de la justice civile
Edmonton (Alberta)

Roderick MacDonald
Commission du droit du Canada
Ottawa (Ontario)

Jim Mahaffy
Canadian Association for Canadian Living
Toronto (Ontario)

Kathleen Mahoney
University of Calgary
Calgary (Alberta)

Maureen Maloney
University of Victoria
Victoria (Colombie-Britannique)

John McCamus
York University
Toronto (Ontario)

Carol McEown
British Columbia Legal Services Society
Vancouver (Colombie-Britannique)

Marilou McPhedran
Fonds d'actions et d'éducation juridique pour les femmes
Toronto (Ontario)

Eugene Meehan
Association du Barreau canadien
Ottawa (Ontario)

Ajit Mehat
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Baukje Miedema
Centre Muriel McQueen Fergusson pour la recherche sur la violence familiale
Frédéricton (Nouveau-Brunswick)

Renate Mohr
Conseil des églises pour la justice et la criminologie
Ottawa (Ontario)

Richard Mosley
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

John O'Leary
Collège Frontière
Toronto (Ontario)

Stephen Owen
Commission du droit du Canada
Victoria (Colombie-Britannique)

Margaret Parsons
African Canadian Legal Clinic
Toronto (Ontario)

Kim Pate
L'Association canadienne des
Sociétés Elizabeth Fry
Ottawa (Ontario)

Kent Patenaude
British Columbia Legal Services Society
Vancouver (Colombie-Britannique)

Gilles Paquet
Université d'Ottawa
Ottawa (Ontario)

Frances Pennell
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

William F. Pentney
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Laurie Rektor
National Anti-Poverty Organization
Ottawa (Ontario)

Kent Roach
University of Toronto
Toronto (Ontario)

Julian Roberts
Université d'Ottawa
Ottawa (Ontario)

Morris Rosenberg
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Penelope Rowe
Community Services Council
St-John's (Terre-Neuve)

Yvan Roy
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Roberta Russell
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Elizabeth Sanderson
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Vicki Saunders
The NRG Group
Toronto (Ontario)

Gaylene Schellenberg
Association du Barreau canadien
Ottawa (Ontario)

Jeffrey Schnor, c. r.
Ministère de la Justice Manitoba
Winnipeg (Manitoba)

Katherine Scott
Conseil canadien de développement social
Ottawa (Ontario)

Neil Sharkey, c. r.
Ministère de la Justice
Iqaluit (Nunavut)

Peter Showler
Commission de l'immigration et
du statut de réfugié
Ottawa (Ontario)

Christine Silverberg
Services de police de Calgary
Calgary (Alberta)

John Sinclair
Affaires indiennes et du Nord Canada
Hull (Québec)

David Smith
Ottawa (Ontario)

Graham Stewart
Société John Howard du Canada
Kingston (Ontario)

Doug Surtees
Public Legal Education Association
of Saskatchewan
Saskatoon (Saskatchewan)

Susan Tanner
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Richard Thompson
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Dr. Esmeralda Thornhill
Dalhousie University
Halifax (Nouvelle-Écosse)

Chantal Tie
Services juridiques communautaires
d'Ottawa-sud
Ottawa (Ontario)

Juge Mary Ellen Turpel-Lafond
Cour provinciale de la Saskatchewan
Regina (Saskatchewan)

Judith Wahl
Advocacy Centre for the Elderly
Toronto (Ontario)

Traci Walters
Association canadienne des centres
de vie autonome
Ottawa (Ontario)

Barry Warhaft
Vancouver Aboriginal Restorative Justice Program
Vancouver (Colombie-Britannique)

Andy Watt
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)

Morton Weinfeld
McGill University
Montréal (Québec)

Cynthia Williams
Commission de la fonction publique
Ottawa (Ontario)

Baldwin Wong
City of Vancouver,
Social Planning Department
Vancouver (Colombie-Britannique)

Susan Zimmerman
Commission du droit du Canada
Ottawa (Ontario)